

WOLFGANG LIGGES

**Die Stellung des Sachverständigen
im deutschen Strafprozeß**

*Dies
Münster 1963*

Die Stellung des Sachverständigen im deutschen Strafprozeß

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
WOLFGANG LIGGES
aus Moers

1963



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Peters
 2. Berichterstatter: Prof. Dr. Stree
- Dekan: Prof. Dr. Schelsky

Tag der mündlichen Prüfung: 25.1.1963

INHALTSVERZEICHNIS

Erster Abschnitt

Seite

Der Sachverständigenbegriff

A. Der Prozeßsachverständige

1

I. Der Versuch einer Definition, ausgehend
vom Inhalt der Aussageleistung

1

II. Die Definition, ausgehend von der prozes-
sualen Zweckfunktion der Aussageperson

13

B. Die sachverständige Auskunftsperson

21

Zweiter Abschnitt

Der Sachverständige als Mittel strafprozessua-
ler Aufgabenerfüllung

A. Die Charakteristik des Strafprozesses

24

I. Die Aufgabe des Strafprozesses

24

II. Das Wesen des Strafprozesses

27

III. Die Funktion der Tatsache im Prozeß

29

IV. Die Methode prozessualer Tatsachenfest-
stellung

30

1. Die richterlichen Beweisbindungen im
Zivilprozeß

31

2. Die "generalisierende" Methode des
Strafprozesses

32

	Seite
a) Allgemeines zur Tatsachenfeststellung	32
b) Besonderheiten bei der Feststellung "innerer Tatsachen"	36
V. Die Werturteile im Strafprozeß	40
B. Die Mitwirkung der Sachverständigen im Straf- prozeß	43
I. Die Erarbeitung des Gutachtens	44
II. Die Grenzen gutachtlicher Feststellung	48
1. Die Schranken aus §§ 136 a, 81, 81 a, 81 c StPO	49
2. Die besondere Situation des ärztlichen Gutachters	66
a) Schweigepflicht und Schweigerecht des medizinischen Sachverständigen	67
b) Die prozessuale Verwertbarkeit von Aussagen, die die Schweigepflicht oder das Schweigerecht des Arztes ver- letzen	76
III. Die Vermittlung des Sachverständigenwissens an die Prozeßbeteiligten	79

Dritter Abschnitt

Die Stellung des Sachverständigen im deutschen Strafprozeß

A. Die Einführung einer sachkundigen Person in den Prozeß als Sachverständiger	85
I. Die Einführung auf Grund eines Beweisantrages	86
II. Die Einführung von Amts wegen	121

III. Die Einführung präsenter sachkundiger Aussagepersonen	124
B. Das Verhältnis des Sachverständigen zu den anderen Prozeßbeteiligten	127
I. Das Verhältnis des Sachverständigen zum Gericht	129
1. Die Zusammenarbeit des Richters mit dem Gutachter	129
a) Die Auswahl der Sachverständigen durch den Richter	129
b) Die Umgrenzung des Beweisthemas	135
c) Die Zusammenarbeit zwischen Richter und Gutachter unter der "Leitung" des Richters	139
d) Die Vernehmung des Sachverständigen	182
2. Der Einfluß der Verfahrenssituation auf die Zweckfunktion und damit auf die prozessuale Stellung des Sachverständigen	186
II. Das Verhältnis des Sachverständigen zu den sonstigen, nicht richterlichen Prozeßsub- jekten (Staatsanwaltschaft, Polizei, An- geklagter bzw. Beschuldigter oder Ange- schuldigter, Privat- und Nebenkläger)	195
<u>Zusammenfassung</u>	200



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Schrifttumsverzeichnis

- ALSBERG, Max Die strafprozessualen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.
- ALSBERG, Max,
NÜSE, Heinz Der Beweisanspruch im Strafprozeß, 2.Auflage, bearb. von Heinz Nüse, Köln und Berlin 1956.
- BACH, W. Kindliche Zeugen in Sittlichkeitsprozessen, eine psychiatrische und kriminalpsychologische Untersuchung, erschienen in "Psychologische Praxis", Schriftreihe für Erziehung und Jugendpflege, Basel u. New York 1957.
- BELING, Ernst Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin u. Leipzig 1928.
- BINDING, Karl Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, 5.Aufl., Leipzig 1904.
- BIRKMEYER, Karl Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.
- BOCKELMANN, Paul Strafrichter und psychologischer Sachverständiger, in GA 1955, S.321 ff.
- BOHNE, Gotthold Verständigung zwischen naturwissenschaftlichem Sachverständigen und Juristen, in Ponsold, Lehrbuch (siehe PONSOLD), S.80 ff.
- BONNER KOMMENTAR Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Redaktionelle Bearbeitung von Bodo Dennewitz, Hamburg 1950.
- DAHR Ist die von Löns angegebene Methode für einen positiven Vaterschaftsnachweis gerichtlich anwendbar ? in MDR 1950, 725/6.
- DITZEN, Wilhelm Dreierlei Beweis im Strafverfahren, Leipzig 1926.
- DOHNA, Graf zu,
Alexander Das Strafprozeßrecht, 3.Aufl., Berlin 1929.

- | | |
|-------------------------------|---|
| ERBS, Georg | Unzulässige Vernehmungsmethoden, in NJW 1951, 386 ff. |
| derselbe | Handkommentar zur Strafprozeßordnung, 1950. |
| FALCK, Ernst | Der technische Sachverständige im Strafprozeß, in JR 1955, S.285 ff. |
| FLOR, Georg | Beruf und Schweigepflicht, eine Gegenüberstellung, in JR 1953, S.368 ff. |
| FRANK, Reinhard | Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, nebst dem Einführungsgesetz, 18.Aufl., Tübingen 1931. |
| GALLAS, Wilhelm | Grenzen zulässiger Verteidigung im Strafprozeß, in ZStrW, Bd.53, S.256 ff. |
| GERLAND, Heinrich | Deutsches Reichsstrafrecht, ein Lehrbuch, 2.Aufl., Berlin u. Leipzig 1932. |
| GLASER, Julius | Handbuch des Strafprozesses, in: Bindings Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Bd.1, Leipzig 1883. |
| GOLDSCHMIDT, James | Der Prozeß als Rechtslage, eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925. |
| GRASSBERGER, Roland | Psychologie des Strafverfahrens, Wien 1950. |
| GRÖMIG, Hans | Die Zulässigkeit einer Encephalographie gem. § 81 a StPO, in NJW 1954, S.300 ff. |
| GROSS, Hans,
SEELIG, Ernst | Handbuch der Kriminalistik, 8.Aufl. des Handbuchs für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik, neu bearb. und ergänzt von Ernst Seelig, Bd.I, Berlin, München 1942. |
| HADAMIK, W. | Über die Bewußtseinsstörung bei Affektverbrechen, in MSchrKrim. 1953, S.11 ff. |

- HAHN, Karl Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Febr. 1877. Auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichsjustizamtes hgg. von Hahn, 3. Bd., 1. Abtl.
- HAMANN, Andreas Das Grundgesetz, Berlin, Neuwied, Darmstadt 1956.
- HEGLER, August Die Unterscheidung des Sachverständigen vom Zeugen im Prozeß, in AcP Bd. 104, S. 151-291, Tübingen 1909.
- HELLWIG, Albert Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen, eine Einführung in die forensische Psychologie für Polizeibeamte, Richter, Staatsanwälte, Sachverständige und Laienrichter, 2. Aufl., Berlin 1943.
- HENKEL, Heinrich Strafverfahrensrecht, ein Lehrbuch, Stuttgart und Köln 1953.
- derselbe Strafverfahrensrecht, ein Grundriß, Salzgitter - Hildesheim 1950.
- v. HENTIG, Hans Wiederaufnahmerecht, die Wiederaufnahme des Strafverfahrens dogmatisch und rechtsvergleichend dargestellt, Heidelberg 1930.
- von HIPPEL, Robert Der deutsche Strafprozeß, ein Lehrbuch, Marburg 1941.
- HIRSCHBERG, Max Das Fehlurteil im Strafprozeß, zur Pathologie der Rechtsprechung, Stuttgart 1960.
- HÜLLE, Werner Zu den Strafverfahren wegen Sittlichkeitsverbrechen an Kindern, zugleich ein Beitrag zur Rolle des psychologischen Sachverständigen im Strafprozeß. In JZ 1955, S. 8 ff.
- JANETZKE, G. Die Beweiserhebung über die Glaubwürdigkeit des Zeugen im Strafprozeß, in NJW 1958, S. 534 ff.
- KERN, Eduard Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch, 6. Aufl., München und Berlin 1960.

- KLEINKNECHT, Theodor,
MÜLLER, Hermann Kommentar zur Strafprozeßordnung
und zum Gerichtsverfassungsgesetz,
4.Aufl., Darmstadt, Nürnberg,
Düsseldorf, Berlin 1958.
- KOESTER, Berthold Greisenkriminalität und strafrecht-
liche Zurechnung, Diss.Aachen 1958.
- KOGGE Psychoanalyse, in JR 50, 203 ff.
- KOHLHAAS Strafrechtliche Schweigepflicht
und prozessuales Schweigerecht,
in GA 58,72 f.
- von KRIES Das Prinzip der Unmittelbarkeit im
Beweisverfahren der deutschen
Prozeßordnungen, in ZStrW, Bd.6,
S.88 ff.
- LENT, Friedrich Zivilprozeßrecht, ein Studienbuch,
bearb. von Othmar Jauernig, 10.
Aufl., München u. Berlin 1961.
- derselbe Abgrenzung des Sachverständigen vom
Zeugen im Zivilprozeß, in ZZP Bd.60,
S.9 ff.
- LÖFFLER, Rudolf Voraussetzungen für die Anwendbar-
keit der §§ 81, 81 a StPO, in NJW
1951, 821 f.
- LK Leipziger Kommentar, begründet von
Ebermayer, Lobe, Rosenberg, fort-
geführt von Nagler, hgg. von Ja-
gusch, Mezger, Schäfer, Werner,
8.Aufl., Berlin 1958.
- LOEWE, Ernst,
ROSENBERG, Werner Die Strafprozeßordnung und das Ge-
richtsverfassungsgesetz, Kommen-
tar, 1.Bd., hgg. von Emil Niet-
hammer in Gemeinschaft mit Geier,
Jagusch, Kohlhaas, Schäfer, Sar-
stedt, Tillmann, 20.Aufl., Berlin
1958.
- LUKANOW, Jürgen Der Mißbrauch der Verteidigerstel-
lung im englischen und deutschen
Strafprozeß, Rechtsvergleichende
Untersuchungen zur gesamten Straf-
rechtswissenschaft, hgg. von Mez-
ger, Schönke, Schwinge, Bonn 1953.

- MAIER, Heinrich Psychologie des emotionalen Denkens, Tübingen 1908.
- v. MANGOLDT, Hermann,
KLEIN, Friedrich Das Bonner Grundgesetz, 2.Aufl., Bd.1, Berlin und Frankfurt 1957.
- MARMANN, Hans Aufklärungspflicht durch Sachverständigengutachten und freie Beweiswürdigung, in GA 1953, S.136 ff.
- MATTIL, Friedrich Überzeugung, in GA 1954, S.334 ff.
- MAURACH, Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, ein Lehrbuch, 2.Aufl., Karlsruhe 1958.
- derselbe Deutsches Strafrecht, besonderer Teil, ein Lehrbuch, 2.Auflage, Karlsruhe 1956.
- MAYER, Hellmuth Der Sachverständige im Strafprozeß, in Festschrift für Edmund Mezger zum 70.Geburtstag am 15. 10.53, hgg. von Engisch und Maurach, versch. Mitarbeiter, S.455 ff., München u. Berlin 1954.
- derselbe Die konstruktiven Grundlagen des Wiederaufnahmeverfahrens und seine Reform, in GS Bd.99, S.299 ff. (1930).
- MAYER, Ludwig Das Verbrechen in Hypnose und seine Aufklärungsmethoden, München u. Berlin 1937.
- METZ Zur Frage der Zulässigkeit der Anwendung des Lügendetektors im Strafverfahren, in NJW 1951, 752 ff.
- MEYER, Karlheinz Die Ablehnung von Beweisanträgen auf Anhörung weiterer Sachverständiger im Strafverfahren, in NJW 1958, 611 ff.
- MEZGER, Edmund Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, Beilageheft zu Bd. 117 AcP, Tübingen 1918.

- MEZGER, Edmund Das Verstehen als Grundlage der Zurechnung, in Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, philosophisch-historische Klasse, Jahrgang 1951, Heft 1.
- derselbe und
MIKOREY, Max Affekt und Zurechnungsfähigkeit, in KrimBiol. Gegenwartsfragen 1938, S.444 ff.
- MÖNKEMÖLLER, Otto Psychologie und Psychopathologie der Aussage, Bd.IV der Bibliothek der Kriminalistik, Einzeldarstellungen der Strafrechtswissenschaft und ihrer Hilfswissenschaften, Heidelberg 1930.
- NEUMANN, Rudolf System der strafprozessualen Wiederaufnahme, Berlin 1932.
- NIESE, Werner Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, Göttingen 1950.
- derselbe Zur Frage der freien richterlichen Überzeugung, in GA 1954, 148 ff.
- derselbe Narcoanalyse als doppelfunktionelle Prozeßhandlung, in ZStrW Bd.63, 199 ff.
- NIETHAMMER, Emil Lehrbuch des besonderen Teils des Strafrechts, Tübingen 1950.
- derselbe Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren, in Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 27.Juni 1949, S.26 ff., versch. Mitarbeiter, Berlin 1949.
- PALANDT, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, bearb. von Dankelmann, Gramm, Hoche, Keidel, Lauterbach, 21.Aufl., München u. Berlin 1962.
- PETERS, Karl Strafprozeß, ein Lehrbuch, Karlsruhe 1952.
- derselbe Ein Beitrag zum Fehlurteil, Erfahrungen aus einem Lehrerprozeß, in Festschrift für Edmund Mezger zum 70.Geburtstag am 15.10.53, hgg. von Engisch und Maurach, S.477 ff., München u. Berlin 1954.

- PETERS, Karl Narkoanalyse ? In JR 1950, 47.
- PODLESCHKA, Kurt Zum Recht des unehelichen Kindes vom Standpunkt des Geburtshelfers, in JR 1951, 8 ff.
- PONSOLDT, Albert Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, einschließlich der ärztlichen Rechtskunde und der Versicherungsmedizin. Mehrere Mitarbeiter, 2.Auflage, Stuttgart 1957.
- RADBRUCH, Gustav Rechtsphilosophie, nach dem Tode des Verfassers besorgt und biographisch eingeleitet von Erik Wolf, 4.Aufl., Stuttgart 1950.
- derselbe Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914.
- derselbe Grenzen der Kriminalpolizei, in Festschrift für Wilhelm Sauer, Berlin 1949, S.121 ff.
- RICKERT, Heinrich Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften, 5.Aufl., Tübingen 1929.
- ROSENBERG, Leo Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8.Aufl., München u. Berlin 1960.
- SAUER, Wilhelm Allgemeine Prozeßrechtslehre, zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis, Berlin, Detmold, Köln, München 1951.
- derselbe Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919.
- derselbe Grenzen des richterlichen Beweises, in JR 1949, 500 ff.
- von SCANZONI, G. Richterliche Überzeugung, in NJW 1951, S.222 ff.

- SCHMIDT, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Göttingen 1952.
- derselbe Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II: Erläuterungen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung, Göttingen 1957.
- derselbe Justitia Fundamentum Regnorum, fünf Vorträge über Macht und Recht, Staat und Justiz, Schriften der Süddeutschen Juristen-Zeitung, Heft 3, Heidelberg 1947.
- derselbe Der Arzt im Strafrecht, in Ponsold, Lehrbuch (siehe PONSOLD), S.1 ff.
- derselbe Der Arzt im Strafrecht, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, hgg. von der Leipziger Juristen-Fakultät, Heft 116, Leipzig 1939.
- derselbe Zur Frage der Eunarcon-Versuche in der gerichtlichen Praxis, in SJZ 1949, Sp.449 ff.
- SCHNEIDEWIN, Karl Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung, in JR 1951, S.481 ff.
- SCHÖNKE, Adolf u.
SCHRÖDER, Horst Strafgesetzbuch, Kommentar, begr. von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, 9.Aufl., München und Berlin 1959.
- SCHÖNKE, Adolf Einige Bemerkungen zur Frage der Verwendung des "Wahrheitsserums", in Deutsche Rechtszeitschrift 1950, 145 ff.
- SCHWARZ, Otto Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze, 22.Aufl., München und Berlin 1960.

- SEELIG, Ernst Der kriminologische Typus des primitivreaktiven Verbrechers in KrimBiol Gegenwartsfragen, Heft 2, Stuttgart 1955.
- SIMADER, Walter Die Ablehnung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung, Würzburger Abhandlungen zum deutschen und ausländischen Prozeßrecht, hgg. von Oetker und Schanz, Heft 27, Leipzig 1933.
- STEIN, Friedrich Das private Wissen des Richters, Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, Leipzig 1893.
- STENGLEIN, Melchior Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechtes, Stuttgart 1897.
- STERN, William Jugendliche Zeugen in Sittlichkeitsprozessen, ihre Behandlung und psychologische Begutachtung, ein Kapitel der forensischen Psychologie. Leipzig 1926.
- STÜTZEL, Karl Der Beweisanspruch im Strafverfahren, Würzburger Abhandlungen zum deutschen und ausländischen Prozeßrecht, hgg. von Oetker und Schanz, Leipzig 1932.
- UNDEUTSCH, Udo Aussagepsychologie, in Ponsold Lehrb. (siehe PONSOLD), S.191 ff.
- WALTHER, Friedrich Die Rechtsmittel im Strafverfahren nach den Grundsätzen des englisch-französischen Strafprozeßrechtes, München 1853.
- WEBER, Wilhelm Rechtsanwendung und Psychologie, in DR 1942, 1298 ff.
- WEIMANN, Arno Probleme des medizinischen Sachverständigen im Prozeß, in JR 1951, 198 ff.
- WELZEL, Hans Das deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung, 7.Aufl., Berlin 1960.
- WIMMER, August Überzeugung, Wahrscheinlichkeit und Zweifel, in DRZ 1950, 390 ff.

WOESNER, Horst

Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht, in NJW 1957, 694 ff.

WUNDT, Wilhelm

Logik, eine Untersuchung der Prinzipien der Erkenntnis und der Methoden wissenschaftlicher Forschung, Bd.3, Stuttgart 1924.

WÜRTENBERGER, Thomas

Ist die Anwendung des Lügendetektors im deutschen Strafverfahren zulässig ? In JZ 1951, 772 ff.

ZACHARIAE, Heinrich,
Albert

Handbuch des deutschen Strafprozesses, Systematische Darstellung des auf den Quellen des gemeinen Rechts und der neuern deutschen Gesetzgebung beruhenden Criminalverfahrens, in wissenschaftlicher Begründung und Verbindung, 1.Bd., Göttingen 1861.

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis.
AT	Allgemeiner Teil.
BayerOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht.
BayerOblGHESst	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in Strafsachen, in: Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der obersten Gerichte in Strafsachen, unter Mitwirkung der Oberlandesgerichte.
BGBI	Bundesgesetzblatt, hgg. vom Bundesminister der Justiz.
BGH	Bundesgerichtshof.
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, hgg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs und der Bundesanwaltschaft.
BT	Besonderer Teil.
DAR	Deutsches Autorecht, Rechtszeitschrift des Allgemeinen Deutschen Automobil-Clubs.
DJH	Deutsche Jugendhilfe, früher Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt.
DR	Deutsches Recht, vereinigt mit Juristische Wochenschrift.
DRiZ	Deutsche Richterzeitung.
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift.

GA	Goldtdammers Archiv für Strafrecht, begr. von Goldtdammer.
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.
GS	Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Zivil- und Militär-Strafrecht und Strafprozeßrecht sowie die ergänzenden Disziplinen.
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz.
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung, Ergänzungsblatt zur Deutschen Justiz und zur amtlichen Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen.
JMBI NRW	Justizministerialblatt für Nordrhein/ Westfalen, hgg. vom Justizminister.
JR	Juristische Rundschau.
JW	Juristische Wochenschrift.
JZ	Juristenzeitung.
KrimBiol.Gegenwartsfragen	Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, Vorträge bei der VIII. Tagung der kriminalbiologischen Gesellschaft vom 27.-29.September 1954 in Graz, hgg. von Mezger und Seelig, Mitteilungen der Kriminalbiologischen Gesellschaft, Bd.VIII.
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, München u. Berlin.
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht.
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform.
MSchrKrimBiol	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Strafsachen, hgg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Staatsanwaltschaft beim Obersten Gerichtshof.

RAbgO	Reichsabgabenordnung.
RÄO	Reichsärzteordnung.
Recht	Das Recht, Juristisches Zentralblatt für Praktiker, begr. von Soergel.
RG	Reichsgericht.
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, hgg. von Mitgliedern des Gerichts und der Rechtsanwaltschaft.
VRS	Verkehrsrechtssammlung, Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts.
ZeugGebG	Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen.
ZPO	Zivilprozeßordnung.
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

ERSTER ABSCHNITT

Der Sachverständigenbegriff

A. Der Prozeßsachverständige

I. Der Versuch einer Definition, ausgehend vom Inhalt der Aussageleistung

Die Bestimmung des Sachverständigenbegriffes hat der Strafprozeßrechtslehre von jeher nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereitet.¹⁾ Insbesondere die Abgrenzung zwischen Zeugen und Sachverständigen ist keineswegs so eindeutig, wie man auf den ersten Blick glauben möchte.²⁾ Eine schlagwortartige Kurzformel, der Zeuge b e r i c h - t e ü b e r w a h r g e n o m m e n e T a t s a c h e n , Aufgabe des Sachverständigen hingegen sei es, auf Grund seiner Sachkunde a u s T a t s a c h e n S c h l ü s - s e zu ziehen³⁾, ist für die Unterscheidung wenig geeignet, wie HENKEL zutreffend feststellt.⁴⁾ - Diese Formel stellt ab auf den Inhalt der Aussage als das maßgebliche Unterscheidungskriterium zwischen dem Zeugen- und Sachverständigenbeweis. Es wird im Folgenden nachgewiesen, daß dieser Abgrenzungsgesichtspunkt, der von vielen Autoren mit gewissen Modifizierungen benutzt wird⁵⁾,

- 1) Vgl. aus dem älteren Schrifttum BELING, S.297 ff.; DOHNA, S.102 ff.; BIRKMEYER, S.444.
- 2) PETERS, § 42 I, S.265; völlig geleugnet wird die Möglichkeit einer klaren Unterscheidung von STENGLEIN, S.197. - Zu dieser Resignation besteht allerdings kein Anlaß.
- 3) In diesem Sinne TILLMANN in LOEWE/ROSENBERG, Vorbem. vor § 72.
- 4) HENKEL, § 64 I, S.268.
- 5) Statt vieler ROSENBERG, § 120 I 4, S.587; LENT, Lehrbuch, § 53 I, S.150 und § 54 I, S.153/4; ders. ZZP Bd.60, 23.

unbrauchbar ist, weil er entscheidende Wesensmerkmale der beiden Beweisformen unberücksichtigt läßt und eine klare Unterscheidbarkeit überhaupt nicht ermöglicht.

Schon das Begriffspaar "Tatsachenwahrnehmung - Schlußfolgerung auf Grund von Tatsachen" trägt zu einer Unterscheidung der beiden personellen Beweismittel der StPO wenig bei. Jede menschliche Wahrnehmung ist in mehr oder minder großem Umfange mit Schlüssen verbunden⁶⁾, daher eine "Urteilsleistung"; streng genommen, sind alle nach dem Sprachgebrauch "Tatsachenwahrnehmungen" genannten Vorgänge eigentlich Schlußfolgerungen auf Grund von Tatsachen.⁷⁾

Eine genaue Analyse von Wahrnehmungsvorgängen am Beispiel demonstriert ergibt die Richtigkeit dieser Behauptung: Ein Betrachter (A) steht vor einem Pkw, der am Straßenrand geparkt ist. Von diesem Pkw gehen wie von jedem Objekt der Außenwelt Reize (die Schwingungsenergien des Lichtes, Benzin-, Ölgeruch) aus, die von den Sinnesorganen des A aufgenommen und dem Gehirn zugeleitet werden, wo sie eine "Empfindung" hervorrufen.⁸⁾ Damit nun diese Empfindung zur Wahrnehmung wird, bedarf es einer Verschmelzung der Empfindung mit Erinnerungsvorstellungen (mit den Reproduktionen von früheren Empfindungsinhalten).⁹⁾ In vergleichender Bewertung der Empfindung mit bereits vorhandenen "Erfahrungsinhalten", die der Betrachter, je nach Bildungsgrad, Merkfähigkeit, Lebens-

6) PETERS, § 42 I, S.265.

7) Zeuge und Sachverständiger urteilen, wie schon BIRKMEYER (§ 73 I 1, S.444) richtig feststellt.

8) Vgl. GRASSBERGER, S.16 ff.; MEZGER, S.37/38.

9) MEZGER, S.38.

und Berufserfahrung hat, gelangt er zu einer näheren Veranschaulichung des Reizobjektes, kommt er zu dem, was wir "Wahrnehmung" nennen. Der Sinneseindruck wird beurteilt oder, wie GRASSBERGER die Wahrnehmung definiert, der empfangene Reiz ausgedeutet und ein Urteil über den Wesensgehalt eines Vorgangs der Außenwelt gebildet.^{10) 11)}

Diese Veranschaulichung der Objekte der Außenwelt (Wahrnehmung) kann nur durch einen Bewertungsvorgang in der oben angedeuteten Weise erfolgen. Daß die Urteilsleistung, mag sie auch im Einzelfall von niedrigster Qualität sein¹²⁾, stets wesensnotwendig Bestandteil der Wahrnehmung ist, ergibt sich für durch Menschenwerk Geschaffenes aus der Unmöglichkeit, die Dinge "an sich" zu sehen. Soll-Menschenwerk in seinem Wesenskern erfaßt werden, so muß es aus der Idee, aus der Zweckbestimmtheit begriffen werden.¹³⁾ Eine zweckblinde, d.h. wertblinde Betrachtung ist unmöglich, wie RADERUCH am Beispiel eines einfachen, von Menschenhand geschaffenen Gebrauchsgegenstandes demonstriert.¹⁴⁾

Aber darüber hinaus lassen sich auch naturgeschaffene Gebilde nur in der Wertbezogenheit sehen. Ein Stein offenbart uns sein Wesen nur in der Bewertung und Beurteilung. Wir haben den Stein "wahrgenommen", wenn wir uns seine Schwere, Härte, seine eventuelle Zweckbestimmung durch Vergleich mit vorhandenen Erfahrungsinhalten.

10) GRASSBERGER, S.38.

11) Vgl. auch RGSt 37, 371/2: Vergleich des sinnlich Wahrgenommenen mit den gewonnenen Lebenserfahrungen.

12) So, wenn A im Ausgangsbeispiel aus der bestimmten Anordnung von Blech, Holz, Gummi usw. auf die Kraftfahrzeugeigenschaft des vor ihm stehenden Gebildes schließt.

13) Vgl. RADERUCH, S.95.

14) a.a.O.

veranschaulicht haben. Zu der Erkenntnis, daß der Stein schwer oder hart ist, gehört u.a. das Bewußtsein des Konträtsbegriffes, der Leichtigkeit, Weichheit usw. Um festzustellen, ein Stier sei wild, ein Athlet von unbändiger Kraft, bedarf es einer Vielzahl von "Erinnerungsbildern", um die durch den Reiz ausgelöste Empfindung durch vergleichende Bewertung zum "vollständigen Bild" zu vervollkommen.

Ist somit in dem Vorgang, den wir Wahrnehmung nennen, stets ein Wertungsanteil enthalten, liegt es nahe, ein die Urteilstätigkeit des Zeugen von der des Sachverständigen abgrenzendes Kriterium in der unterschiedlichen **Q u a l i t ä t d e r B e w e r t u n g s l e i - s t u n g** zu suchen.

Drängt sich ein Urteil dem Menschen mit normaler geistiger Veranlagung als etwas Naheliegendes, Selbstverständliches geradezu auf (so das Urteil im Ausgangsfall: Das ist ein Auto!), erscheint die Wertung gegenüber der Reizaufnahme und Empfindung untergeordnet und nebensächlich. Erschließt sich das Urteil hingegen erst durch eine kompliziertere Verstandestätigkeit, so dominiert die Urteils- und Bewertungsleistung.¹⁵⁾

Im ersten Falle sind wir geneigt, natürlichem Sprachgebrauch folgend, von "Tatsachenwahrnehmung" zu sprechen, im zweiten Falle drängt uns unser Sprachgefühl zu dem Ausdruck "Gutachten".

Mag auch in einer Vielzahl von Fällen die unter diesem Gesichtspunkt gewählte Bezeichnung der rechtlichen Stellung einer Aussageperson entsprechen, auf diesem Wege läßt sich ein zuverlässiges Unterscheidungskriterium nicht gewinnen! Man kann nicht allgemein sagen, daß das

15) Vgl. RGSt 37, 371; ferner RGSt 57, 412/3; RG HRR 1940 Nr.53.

Gutachten eine höhere geistige Leistung sei als die Zeugenaussage.¹⁶⁾ Auch die Zeugenaussage kann in der Reproduktion von Vorgängen begleitet sein von komplizierter Verstandestätigkeit, wie umgekehrt ein Gutachten in relativ einfacher Bewertung zu gewinnen sein kann (z.B. genaue Schilderung komplizierter Geschäftsverhandlungen durch einen Zeugen, Gutachten eines Psychiaters über einen völlig umnachteten Paralytiker¹⁷⁾). - Daß eine Abgrenzung von der Qualität der Bewertungsleistung her nicht zu zuverlässigen Ergebnissen führt, beweist auch die Bestimmung des § 85 StPO (sachverständiges Zeugnis). Wer mit Hilfe besonderer Sachkunde wahrnimmt, also eine Empfindung mit den ihm zur Verfügung stehenden, auf dem fraglichen Gebiet besonders reichhaltigen Erfahrungsinhalten vergleicht, vollzieht regelmäßig eine zumindest für den Laien komplizierte Wertung, mag diese auch, wie es für die im Wahrnehmungsvorgang enthaltene Beurteilung typisch ist, "automatisch", ohne dem Wahrnehmenden bewußt werdende Überlegung erfolgen. Obwohl in diesen Fällen der Wertungsanteil gegenüber der bloßen Reizaufnahme und Empfindung einen erheblichen Rang einnimmt, spricht das Gesetz in § 85 StPO von Tatsachenwahrnehmung unter Anwendung besonderer Sachkunde, nicht von Schlußfolgerung auf Grund von Tatsachen, was n a c h d e m S p r a c h - g e b r a u c h zumindest für viele unter die Bestimmung fallende Sachverhalte angemessener erschiene. Die Unsicherheit der Terminologie und die Unmöglichkeit feiner sprachlicher Nuancierung zeigen auf, daß das Begriffspaar "Tatsachenwahrnehmung - Schlußfolgerung aus Tatsachen" für eine scharfe Unterscheidung der Aussageperso-

16) Hellmuth MAYER, S.464.

17) Beispiele bei Hellmuth MAYER a.a.O.

nen denkbar ungeeignet ist.¹⁸⁾

Hat es nach allem wenig Sinn, Aussageleistungen auf die Qualität der in ihnen enthaltenen Wertungen zu überprüfen, um sie in das oben bezeichnete Begriffspaar zu pressen, so sind die angeführten Gesichtspunkte doch auf andere Weise für die Abgrenzung verwendbar. Da die Sachverständigenaussage stets durch die Verwertung besonders reichhaltiger, über das normale Maß hinausgehender Erfahrungsinhalte gekennzeichnet ist, muß - gleichgültig, welche Qualität man einer Aussageleistung durch die Wahl des sprachlichen Ausdrucks zubilligen will - festgestellt werden, inwieweit eine Aussageperson über einen besonderen "Sachverstand" verfügt. Mit Bejahung dieser Frage ist ein wertvolles Indiz für die Sachverständigenstellung gewonnen, allerdings kein untrügliches, weil auch eine bestimmte Form der Zeugenaussage, nämlich das *s a c h - v e r s t ä n d i g e Z e u g n i s*, durch die Anwendung der besonderen Sachkunde gekennzeichnet wird. Wer mit Hilfe besonderer Sachkunde Tatsachen wahrnimmt und darüber berichtet, kann auch Zeuge sein. Er ist es dann, wenn es sich bei dem Gegenstand der Aussage um vergangene Tatsachen handelt (vgl. den im Wortlaut unglücklich gefaßten § 85 StPO).

Ist somit die besondere Sachkunde kein ausschließlich der Sachverständigentätigkeit vorbehaltenes Kennzeichen, so muß die wesensmäßige Verschiedenheit der beiden personellen Beweismittel der StPO in anderen Merkmalen liegen. Auf der Suche nach ihnen kann der Wortlaut des § 85 StPO auf den ersten Blick eine Hoffnung auf Klärung erwecken. So hielten auch die Motive diesen Paragraphen für ge-

18) Der praktische Nutzen einer Unterscheidung zwischen Tatsachenwiedergabe und Urteil wurde schon von STEIN, S.7 ff. gering bewertet, da solche Versuche in spitzfindiger Kasuistik enden (S.8).

eignet, die Abgrenzungsschwierigkeiten zu beseitigen.¹⁹⁾ Eine nähere Prüfung erweist allerdings, daß dieser Optimismus verfehlt war. Das Wesen einer Aussageperson kann sich nicht nach der zufälligen Gestaltung äußerer Umstände richten, die mit dem Inhalt der Aussage und der Stellung des Aussagenden in keinerlei Zusammenhang stehen.²⁰⁾ Gerade ein solches Ergebnis ergäbe sich aber aus der Anklammerung an den Wortlaut der Bestimmung. Die befremdenden p r a k t i s c h e n F o l g e r u n g e n seien an einem Beispiel aufgezeigt:

A hat ein Verbrechen begangen unter Umständen, die Zweifel an seiner Zurechnungsfähigkeit im Augenblick der Tat aufkommen lassen. Er wird deshalb auf gerichtliche Anordnung (§ 81 StPO) in eine psychiatrische Klinik eingewiesen, wo er von Professor P beobachtet wird. Es ergeben sich im Verhalten des A tatsächlich Anzeichen einer geistigen Verwirrung. Nach einiger Zeit gesundet A jedoch, psychische Fehlleistungen sind nicht mehr feststellbar.

Berichtet P über seine derzeitigen Wahrnehmungen, aus denen sich die Geistesgestörtheit des A ergab, so sagt er über vergangene Tatsachen oder Zustände aus, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, wäre also i n s o w e i t als Zeuge (sachverständiger Zeuge), i m ü b r i g e n als Sachverständiger anzusehen. Der Gutachter wäre danach, weil Veränderungen in den Befundtatsachen häufig sind, zumeist eine höchst "zwiespältige" Person. Daraus ergäben sich sehr unerfreuliche Folgerungen für den Strafprozeß. Da die Veränderung von Tatsachen und der Hinzutritt neuer Momente sich häufig der Kenntnis des Gerichts entziehen, wäre die

19) HAHN, Mat. S.122.

20) Vgl. die Kritik bei ALSBERG/NÜSE, S.239; HEGLER, S.234 oben.

für den Prozeß, insbesondere den Strafprozeß, unentbehrliche Klarheit der Verhältnisse nicht gewährleistet.²¹⁾ Der Richter sähe sich vor die schwierige, vielfach unlösbare Aufgabe gestellt, herauszufinden, welchem Eid er jeweils eine Aussageperson zu unterwerfen hätte (§ 66 I oder § 79 II StPO).

Außerdem, und das ist der entscheidende, bereits gestreifte Gesichtspunkt, geht es nicht an, aus äußeren Momenten oder reinen Zweckmäßigkeitserwägungen²²⁾ eine Aussageleistung der einen oder anderen Seite der personellen Beweismittel zuzuordnen; die Abgrenzung muß sich vielmehr aus der Erkenntnis des Wesens der beiden Beweisarten ergeben.

Um die wesensmäßigen Unterschiede aufzeigen zu können, sei zunächst von den Gemeinsamkeiten ausgegangen. Gemeinsam ist dem Zeugen und dem Sachverständigen, daß sie beide zur Erreichung des gleichen Endzwecks in den Prozeß eingeführt werden, nämlich zu dem Zweck, dem Richter Sachkenntnis zu vermitteln.²³⁾ Sie wirken mit bei der Klarstellung des Tatsächlichen, bei der Bereitstellung der Fakten, die dann vom Richter den Rechtsnormen subsumiert werden. Beide Aussagepersonen sind Beweismittel²⁴⁾, da sowohl der Zeuge wie der Sachverständige im Rahmen der Beweisaufnahme vor Gericht eine Aussage

21) Vgl. ALSBERG/NÜSE, S.240.

22) Ausschaltung der Sachverständigenablehnungsgründe (§ 74 StPO), um die Einführung eines gegenwärtig nicht mehr wahrnehmbaren Befundes in den Prozeß möglichst weitgehend (Grenzen §§ 52-56 StPO) sicherzustellen.

23) Vgl. PETERS, § 42 I, S.265.

24) PETERS, § 42 I, S.265; v.HIPPEL, S.410, 411; HENKEL, § 64 I 4, S.269.

machen, die der richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) unterliegt. Diese Auffassung entspricht auch der Gesetzesterminologie, da in den §§ 219, 245 StPO von "Zeugen, Sachverständigen und anderen Beweismitteln" die Rede ist.

Fraglich erscheint, ob auch beide als Richter-gehilfen anzusehen sind. Der Sachverständige wird heute nach in Lehre und Rechtsprechung nahezu einheitlicher Meinung mit dieser Bezeichnung charakterisiert.²⁵⁾ Diese Wortwahl erscheint treffend, wenn man sich das Bestehen des besonders gearteten "Arbeitsverhältnisses" zwischen Richter und Sachverständigem veranschaulicht. Nach der Erteilung des richterlichen Gutachtauftrags kommt es zu einem Verhältnis wechselseitiger Zusammenarbeit zwischen ihnen, bei dem sich für den Sachverständigen die Gelegenheit zu beträchtlicher Eigeninitiative ergibt; z.B. kann er Vernehmungen von Zeugen oder des Beschuldigten anregen, wenn ihm dies zur weiteren Aufklärung von Befundtatsachen sachdienlich erscheint.²⁶⁾ Weiterhin besteht für den Sachverständigen die Möglichkeit der Akteneinsicht und der aktiven Mitwirkung an Verhören (unmittelbare Stellung von Fragen an die vernommenen Personen!).²⁷⁾ Innerhalb seiner Gutachtertätigkeit ist dem Sachverständigen eine mehr oder minder große Selbständigkeit gewährt. Richterliche Anordnungen erfolgen nur, soweit sie nach dem richterlichen Ermessen erforderlich

25) Vgl. PETERS, § 42 I, S.265; HENKEL, § 64 I 4, S.269; TILLMANN in LOEWE/ROSENBERG Vorb. zu § 72; BELING, S.299; v.HIPPEL, S.411; wohl auch SCHMIDT II, Vorbem. 1 vor § 72; ferner RGSt 52,161; 57,158; 69,98; BGHSt 7,239; BGHSt 8,238 (239). Schlechthin abgelehnt wird der Richtergehilfensehichtspunkt - soweit ersichtlich - nur von GOLDSCHMIDT, S.439/440.

26) Vgl. § 80 I StPO.

27) § 80 II StPO.

erscheinen.²⁸⁾

Diese besondere Ausgestaltung erfährt das Verhältnis Richter - Zeuge nicht. Der Zeuge steht in einer passiveren Rolle. Das Gesetz gesteht ihm lediglich eine gewisse Freiheit in der äußeren Gestaltung seiner Aussage zu, wenn in § 69 StPO angeordnet wird, daß der Zeuge i m Z u s a m m e n h a n g (d.h. in einem ihm logisch erscheinenden Ablauf) berichten soll. Darüber hinaus fehlt es an den oben bezeichneten weitergehenden Befugnissen, mit denen der Sachverständige auf den Gang des Verfahrens und speziell der Beweisaufnahme einwirken kann. Gleichwohl darf man nicht, wie es die meisten Autoren tun²⁹⁾, das Fehlen wechselseitiger Zusammenarbeit zwischen dem Richter und dem Zeugen zum Anlaß nehmen, ausschließlich den Sachverständigen als Richtergehilfen zu bezeichnen.

Diese Terminologie der herrschenden Auffassung unterliegt deshalb erheblichen Bedenken, weil sie den Sachverständigen in einer durch die vorhandenen Unterschiede nicht gerechtfertigten Weise prinzipiell aus den übrigen Beweismitteln heraushebt und zu einer Art Prozeßsubjekt macht.³⁰⁾ Es ist fundamentaler Grundsatz rechtsstaatlichen Denkens, die Rechtsprechung ausschließlich in die Hände unabhängiger, nur dem Gesetz unterworfenen Richter zu legen (vgl. Art. 92, 97 GG, § 1 GVG). Die unumschränkte Geltung dieses Grundsatzes aber erscheint in Frage gestellt, wenn der Sachverständige zu einem "Teilrichter" wird, eine Entwicklung, die durch die Terminologie der herrschenden Meinung nur gefördert wird.

28) § 78 StPO.

29) TILLMANN in LOEWE/ROSENBERG Vorbem. vor § 72; v.HIPPEL, S.411; SAUER, S.184; KERN § 27 C, S.104; SCHWARZ, Vorbem.1 vor § 72; BINDING, S.151/2.

30) Vgl. die Polemik bei PETERS, § 42 I, S.265.

Die unterschiedliche Bezeichnung läßt nicht klar genug erkennen, daß der Richter in der Beurteilung des Beweiswertes der Sachverständigenaussage genauso zu einer **s e l b s t ä n d i g e n u n d e i g e n v e r a n t - w o r t l i c h e n** Entscheidung (§ 261 StPO) aufgerufen ist wie bei einer Zeugenaussage.³¹⁾ - Es ist ein verhängnisvoller Irrtum, in der Zusammenarbeit von Richter und Sachverständigem ein Verhältnis echter Arbeitsteilung zu sehen, bei dem es für die Beteiligten darum geht, auf getrennten Arbeitsgebieten Ergebnisse zu erarbeiten, die dann zum Endresultat einfach zusammengefügt werden. Richter und Gutachter verkennen bei solcher Einstellung völlig ihre strafprozessuale Aufgabenstellung.³²⁾ Der Gutachter soll **n i c h t** die Tatsachenermittlung oder Beweiswertbeurteilung **a n s t e l l e** des Richters vornehmen, sondern er soll sie dem Richter selbst ermöglichen³³⁾, indem er ihm Sachkunde vermittelt, ihn anleitet, erforderlichenfalls abstrakt oder am konkreten Fall beispielhaft demonstriert, damit der Richter die Gedankengänge in kritischer Aufmerksamkeit nachvollzieht. Die Verantwortung für die aus dem Gutachten zu treffenden Feststellungen kann und soll der Sachverständige dem Richter nicht abnehmen.³⁴⁾

Die hier aufgezeigte Gefahr einer Verlagerung der Verantwortlichkeit auf den Sachverständigen läßt sich durch die Bezeichnung **b e i d e r** personeller Beweismittel als Richtergehilfen zwar nicht völlig bannen, aber doch erheblich vermindern, weil dem Richter damit immer wieder vor Augen gestellt wird, daß er bei der prozessualen

31) PETERS, a.a.O.

32) Vgl. auch die Kritik bei GROSS/SEELIG, S.232.

33) Vgl. FALCK, S.286.

34) BGHSt 7, 238 ff. und derselbe Senat sehr eingehend in BGHSt 8, 113 (117-119).

Verwertung eines Sachverständigengutachtens gemäß § 261 StPO grundsätzlich in gleicher Weise nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung über den Beweiswert entscheiden soll wie bei einer Zeugenaussage oder einem anderen Beweismittel.³⁵⁾³⁶⁾

Bietet sich diese Terminologie daher schon vom Ergebnis her an, so rechtfertigt sie sich auch durch das Bestehen nicht unerheblicher Gemeinsamkeiten in der Aussagetätigkeit von Zeugen und Sachverständigen. Beide Aussagepersonen machen zum Zwecke der Tatsachenermittlung als Grundlage der richterlichen Urteilsfindung dem Richter einen psychischen Vorgang und dessen Ergebnis (Wahrnehmung bzw. das in weitergehender Reflexion gewonnene Gutachten) zugänglich. Die vom Zeugen und Sachverständigen erbrachten psychischen Leistungen sind in ihrem Wesen keineswegs grundverschieden, sondern es kommen häufig schwer einordbare Übergangsstufen vor.³⁷⁾

Die Erkenntnis dieser Gemeinsamkeiten in den Aussageleistungen von Zeugen und Sachverständigen sollte indessen nicht nur Anlaß sein, Sachverständige und Zeugen übereinstimmend als Richtergehilfen zu bezeichnen, sie kann auch den Weg zur richtigen Abgrenzung zwischen den beiden personellen Beweismitteln weisen. Sind nämlich die psychischen Leistungen, die ein Zeuge bei der Wahrnehmung und dem Bericht darüber und die der Sachverständige bei der Gutachtenerstattung vollbringen, einander insofern recht ähnlich, als jeweils die endgültige

35) Zur Freiheit der richterlichen Überzeugungsbildung gegenüber dem Sachverständigengutachten vgl. die in Fußnote 433 auf S.140 angegebene Literatur.

36) Für eine Bezeichnung beider personeller Beweismittel als Richtergehilfen treten ein: PETERS, § 42 I, S.265; SCHMIDT in JZ 1957, S.229 r.Sp.

37) HENKEL, § 56 I, S.247; PETERS, § 42 I, S.265; STEIN, S.58.

Aussage das Ergebnis einer vergleichenden Bewertung von Empfindungen mit den vorhandenen Erfahrungsinhalten ist³⁸⁾, so muß der Versuch scheitern, die Abgrenzung zwischen dem Zeugen und dem Sachverständigen ausschließlich und primär von der Person des Aussagenden und von den häufig geringen Unterschieden der Aussageleistung her gewinnen zu wollen.³⁹⁾

II. Die Definition, ausgehend von der prozessualen Zweckfunktion der Aussageperson

Zuverlässige Erkenntnis über das Wesen einer Aussageperson ist vielmehr nur möglich, wenn man das Verhältnis des Aussagenden zu den übrigen Prozeßbeteiligten, seine gesamte prozessuale Rechts- und Pflichtenstellung untersucht. In dem für das Prozeßrechtsverhältnis typischen Miteinanderverwobensein von Rechten und Pflichten⁴⁰⁾ ist jedem Prozeßbeteiligten eine bestimmte **Zweckfunktion** zugewiesen. Sie bestimmt über die Rolle einer Aussageperson im Prozeß.⁴¹⁾ Von der Zweckfunktion her läßt sich die Unterscheidung gewinnen, die nur von der Aussageleistung her nicht mit hinreichender Sicherheit möglich war. Macht sowohl der Zeuge wie der Sachverständige den Richter mit einem psychischen Vorgang bekannt, so geschieht das zu sehr verschiedenen Zwecken. Der Sachverständige soll dem Richter dadurch **Denkhilfe** sein, ihn befähigen, zur Gewinnung der Tatsachenkenntnis selbst eine entsprechende Bewertungs-

38) Vgl. oben S. 2/3.

39) STEIN, S.58: "eine vergebliche Mühe".

40) PETERS, § 16 I, S.79/80.

41) HEGLER, S.246 ff. (insbes. S.247); Hellmuth MAYER, S.464/5; MEZGER, S.5/6; SCHMIDT, JZ 1957, 229 r.Sp.

leistung zu vollbringen oder zumindest nachzuvollziehen; der Zeuge hingegen soll dem Richter in erster Linie die Tatsache selbst, d.h. das Endergebnis des psychischen Vorgangs, zur Kenntnis bringen. Soweit der Zeuge auch über den zur Tatsachenkenntnis führenden Vorgang, insbesondere die Bewertungsleistung, berichtet, geschieht das nicht, um dem Richter das Verständnis der psychischen Vorgänge erst zu vermitteln, sondern um ihm eine kritische Nachprüfung des Wahrnehmungsvorgangs und damit ein Urteil über die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu ermöglichen.

Diese Erkenntnisse bauen auf den grundlegenden Untersuchungen HEGLERs zur Abgrenzung der personellen Beweismittel auf.⁴²⁾ Er hat zum ersten Mal, wohl in Erkenntnis des Wesens des Strafprozesses als eines von den zweckgerichteten Handlungen der Beteiligten getriebenen, sich mit dynamischer Zielstrebigkeit zum Urteil und dessen endgültige Vollstreckung hin entwickelnden Vorgangs⁴³⁾, klar herausgestellt, daß sich die Rolle einer Aussageperson nach der Art der Einführung in den Prozeß dem Richter gegenüber richtet und nicht frühere Momente (z.B. die Wahrnehmung) oder spätere (z.B. die Vernehmung oder gar erst die wirkliche Bekundung von etwas Bedeutendem und Sachdienlichem) hierfür bestimmend sind.⁴⁴⁾

Die Wahl dieses Zeitpunkts erscheint treffend. Vom Augenblick der Einführung in den Prozeß dem Richter gegenüber ist der Aussageperson bindend (soweit sich nicht aus den §§ 76, 52-55 StPO die Befugnis ergibt, die Mitwirkung zu

42) Vgl. HEGLER, S.151-291.

43) SCHMIDT I, Nr.42, S.46.

44) HEGLER, S.261/2.

verweigern)⁴⁵⁾ eine von ihr zu erfüllende Zweckfunktion zugewiesen. Damit ist die Aussageperson in das prozessuale Geschehen eingeordnet. - Wenn allerdings HEGLER die Verschiedenheit der Art der Einführung aus der unterschiedlichen Motivation herleiten will, die den Richter zur Einordnung einer Aussageperson in den Prozeß veranlaßt⁴⁶⁾, so ist ihm insoweit nicht zuzustimmen. Nicht der Grund für die Einführung einer Aussageperson bestimmt über ihre Rolle im Prozeß, sondern der Akt der Einordnung selbst, der durch die Erteilung des richterlichen Gutachtenauftrags vollzogen wird. Es liefe grundlegenden Prinzipien des Rechts- und Vertrauensschutzes zuwider, wollte man nicht den Akt der Einordnung, den materiellen Gehalt des richterlichen Auftrags als bestimmendes Moment ansehen, sondern eine nach außen möglicherweise nicht erkennbar gewordene Motivation des Richters.⁴⁷⁾

45) Staatsanwaltschaft oder Polizei können auch durch förmlichen, amtlichen Auftrag die sachkundige Person nicht zur Mitwirkung im Prozeß bindend verpflichten (vgl. SCHMIDT II, § 133 Nr.4; PETERS, § 23 IV 1 a, S.134 u. § 24 III, S.144). Das kann für den Sachverständigenbeweis angesichts der Fungibilität der Sachverständigen nicht zweifelhaft sein. Die - überdies sehr anfechtbaren - Erwägungen, die das RG (RGSt 13,430/1) veranlaßten, eine Zeugniserzwingungsbefugnis der Polizei gegenüber Zeugen hinsichtlich der Personalangaben zu bejahen, treffen für den Sachverständigenbeweis nicht zu. Der in Aussicht genommene Gutachter ist, wenn seine Heranziehung erwogen wird, namentlich bekannt und kann überdies bei Verweigerung der Gutachtenerstattung zumeist gleichwertig ersetzt werden. Erscheint aber die Mitwirkung dieses bestimmten Gutachters - etwa wegen seiner überragenden Kenntnisse - erforderlich, so hat die StA die Erteilung eines richterlichen Gutachtenauftrags und Vernehmung durch den Richter zu beantragen (§ 162 StPO; SCHMIDT II, Vorbem.6 vor § 158).

46) a.a.O., S.246, 247.

47) Mit der hier vertretenen Auffassung stimmen im Ergebnis überein: MEZGER, S.5,19,20; SCHMIDT II, Vorbem. 15-17 zum 7.Abschnitt.

Ist der richterliche Gutachtenauftrag als konstitutives Merkmal für die Sachverständigeneigenschaft erkannt, so bleibt als letzte für die Abgrenzung der personellen Beweismittel bedeutsame Frage zu klären, wann ein solcher Auftrag anzunehmen ist. - Sicherlich ist es nicht nötig, daß die richterliche Willenserklärung die Aussageperson ausdrücklich mit dem Namen "Gutachter" bzw. "Sachverständiger" belegt, obwohl das aus Gründen der Klarheit wünschenswert erscheint.⁴⁸⁾ Entscheidend ist vielmehr der **s a c h l i c h e I n h a l t** des Auftrags.⁴⁹⁾ Wo eine Person vom Richter beauftragt wird, eine ihr eigene **b e s o n d e r e** Sachkunde zu prozessualen Zwecken zu verwerten, liegt fast stets ein Gutachtenauftrag vor. Soweit der Beauftragte abstrakte Sachkunde mitteilen soll (Sachverständiger der 1. Kategorie⁵⁰⁾) oder die abstrakte Sachkunde auf feststehendes konkretes Prozeßmaterial anwenden soll (Sachverständiger der 2. Kategorie), ist ihm damit unzweifelhaft die Gutachterzweckfunktion zugewiesen, nämlich dem Richter bei der Vornahme gedanklicher Ableitungen zu helfen, die dieser ohne Unterstützung und Anleitung wegen mangelnden Erfahrungswissens nicht oder nicht richtig vollziehen könnte. Ist die sachkundige Aussageperson beauftragt, mit Hilfe ihrer Sachkunde Wahrnehmungen zu machen (Sachverständige der 3. Kategorie), so hängt der sachliche Gehalt der richterlichen Erklärung von den näheren Umständen ab. Hat der Richter den Auftrag erteilt, weil er selbst wegen fehlender besonderer Sachkunde die Wahrnehmungen nicht hätte machen können, ist auch hier der sachkundigen Person die

48) MEZGER, S.7.

49) MEZGER, S.6 u. 8.

50) Die Einteilung in 3 Kategorien gutachtlicher Tätigkeit stammt von MEZGER, S.10,13,16.

Sachverständigenzweckfunktion zugewiesen. Nur wenn erkennbar ist, daß der Richter, befähigt durch eigene Sachkunde, die Wahrnehmungen selbst machen könnte, dies aber aus anderen Gründen nicht will, z.B. weil er den anderen Prozeßbeteiligten die Demonstration bieten will, sucht er in der sachkundigen Person nicht die "Denkhilfe". Die so beauftragte Person ist deshalb in diesem besonderen Fall Zeuge.

Hat die Aussageperson nach dem Willen des Richters sich die Befundtatsachen als "faktische Grundlage"⁵¹⁾ des Gutachtens selbst zu beschaffen, so liegt auch insoweit ein Gutachtenauftrag vor, gleichgültig ob die zur Ermittlung des Tatsachenmaterials zu machenden Wahrnehmungen die Anwendung besonderer Sachkunde erfordern oder nicht. Da die Bereitstellung der Befundtatsachen nur der unmittelbaren Vorbereitung des Gutachtens dient, steht sie in so engem Zusammenhang mit der späteren, sachkundigen Beurteilung und Demonstration gegenüber dem Richter, daß es gerechtfertigt erscheint, beide Tätigkeitsbereiche als einheitliches Ganzes, als Gutachtenerstattung anzusehen⁵²⁾, immer vorausgesetzt, daß die Wahrnehmungen ausschließlich im Hinblick auf die Erfüllung des Gutachtenauftrags gemacht werden. Nur bei G e l e g e n h e i t der Gutachtenerstattung wäre z.B. die Wahrnehmung eines Psychiaters erfolgt, der, mit der Untersuchung des geistigen Zustandes eines mußmaßlichen Mörders betraut, an dessen Kleidung Blutflecke entdeckt. Die Aussage des Arztes über diese Wahrnehmung wäre Zeugenaussage.⁵³⁾ - Eine andere Frage

51) SCHMIDT II, Vorbem.9 zum 7.Abschnitt.

52) PETERS, § 42 I, S.266.

53) Zur Streitfrage, inwieweit der zum Sachverständigen bestellte Arzt bezüglich solcher außerhalb des Gutachtenauftrags gemachter Wahrnehmungen der ärztlichen Schweigepflicht unterliegt bzw. ein prozessuales Schweigerecht hat, siehe unten S.67 ff. insbes. S.70, 71.

ist, inwieweit neben der Einführung der Befundtatsachen durch die Gutachtenerstattung eine unmittelbare Beweiserhebung, z.B. durch Vernehmung vom Gutachter befragter dritter Personen als Zeugen oder durch unmittelbare Augenscheinseinnahme usw., erforderlich ist. Diese Fragen sind unter Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Zusammenhang mit der Erörterung des Richter - Gutachterverhältnisses später zu erörtern (siehe unten Seiten 169 ff.).

Hat eine Aussageperson ihre Wahrnehmungen nicht auf Grund und im Rahmen eines richterlichen Gutachtenauftrags gemacht, sondern ist sie durch eine zufallsbedingte Verkettung von Umständen in die Rolle eines beobachtenden Mitspielers hinsichtlich des Prozessual erheblichen Geschehens gekommen, so gewinnt sie dadurch die Zeugen-eignung.⁵⁴⁾ Sie ist infolge ihres Erlebens, ihres Wahrgenommenhabens in eine "spezielle individuelle, historische Beziehung" zum prozeßerheblichen Tatsachenstoff geraten⁵⁵⁾, die sie nicht mit jeder in gleicher Weise sachkundigen Person teilt, sondern nur gegebenenfalls mit solchen Personen, die unter genau gleichen Umständen gleiches Erleben hatten. Ruft der Richter eine solche Person auf, über ihr Erleben zu berichten, so liegt darin materiell ein Zeugenauftrag, denn es geht ihm erkennbar darum, von der speziellen Verbindung der Person zu dem aufzuklärenden Tatsachenstoff zu erfahren, um dadurch diese Tatsachen in den Prozeß einzuführen und ihre einwandfreie prozessuale Beweisauswertung gemäß § 261

54) SCHMIDT II, Vorbem. 15 zum 7.Abschnitt.

55) HEGLER, S.247.

StPO zu sichern.⁵⁶⁾ Der Richter vermutet eine Befähigung der durch ihr individuelles Erleben mit dem Tatgeschehen verbundenen Aussageperson, ihm unmittelbar Aufschluß über konkrete beweisbedürftige Tatsachen zu geben, hingegen sucht er regelmäßig nicht bei ihr die "Denkhilfe".⁵⁷⁾ Soweit er sich den zur Tatsachenfeststellung führenden psychischen Prozeß der Wahrnehmung näher erläutern läßt, geschieht das zumeist, um die Verlässlichkeit der fremden Wahrnehmung nachzuprüfen.

Denkbar ist allerdings, daß der Richter im Ausnahmefall nicht nur die Kenntnis der individuellen, historischen Beziehung der Aussageperson zum prozeßerheblichen Geschehen erstrebt, sondern, weil ihm der diese Beziehung schaffende psychische Vorgang der Wahrnehmung ohne Denkhilfe unverständlich bleibt, von der gleichen Aussageperson gleichzeitig klärende und erläuternde Ausführungen verlangt. - Ein Arzt als Zeuge bekundet z.B., die Angeklagte sei, als er sie sah, im 4. Monat schwanger gewesen. Der Richter bittet um nähere Erläuterung, wie er zu einer solchen Wahrnehmung habe kommen können.

Auch kann es im besonderen Falle einmal vorkommen, daß der Richter die Geeignetheit einer Aussageperson zur Zeu-
genaussage in einem Prozeß gänzlich ungenützt läßt, keinen Zeugenauftrag, sondern nur einen Sachverständigenauftrag erteilt; - z.B. A, B und C sind sachverständige Augenzeugen eines Tatgeschehens. Der Richter entschließt sich, im Prozeß nur den A und den B über ihre gemachten

56) Das gilt insbesondere in den Fällen des § 85 StPO, da hier die spezielle individuelle, historische Beziehung der Aussageperson zum prozeßerheblichen Geschehen nicht erneut herstellbar ist.

57) Vgl. dazu auch HEGLER, S.248.

Wahrnehmungen als sachverständige Zeugen zu vernehmen, hingegen den C, der als der führende Kenner des betreffenden Fachgebietes gilt, nur als Sachverständigen über abstrakte Erfahrungssätze seiner Wissenschaft referieren zu lassen.

Nach dieser abschließenden Klarstellung läßt sich der Begriff des **P r o z e ß s a c h v e r s t ä n d i g e n** definieren:

Sachverständiger ist, wer auf prozessualen richterlichen Auftrag⁵⁸⁾ hin einem Gericht vermöge einer ihm eigenen, besonderen Sachkunde bei der Vornahme gedanklicher Ableitungen Denkhilfe leistet.

Die Hilfeleistung kann erfolgen, indem der Sachverständige lediglich aus seiner besonderen Sachkunde dem Gericht Erfahrungssätze übermittelt, oder indem er - was die Regeltätigkeit des Sachverständigen ausmacht - sein Erfahrungswissen zur Ermittlung rechtserheblicher Tatsachen anwendet und diesen Ermittlungsvorgang - mag es sich um unmittelbare Tatsachenwahrnehmung aus Sinneseindrücken oder um gedankliche, logische Ableitung und Schlußfolgerung aus wahrgenommenen Grundtatsachen handeln - dem Gericht zur Belehrung

58) Der Auftrag zur Gutachtenerstattung von Seiten **n i c h t r i c h t e r l i c h e r** Prozeßbeteiligter (Staatsanwalt, Angeklagter oder dessen Verteidiger) ordnet die sachkundige Aussageperson noch nicht mit der besonderen Zweckfunktion, dem Richter Denkhilfe zu leisten, in den Prozeß ein. In den Fällen der §§ 195, 200 Abs.1, 219, 220, 222, 245 StPO geht die Initiative zur Einführung in den Prozeß zwar von nicht richterlichen Prozeßbeteiligten aus, doch gewinnt die zum Gutachter ausersehene Person auch hier erst durch den in ihrer Zulassung (mag diese auch, wie im Fall der §§ 220, 245 Satz 1 StPO, zwingend vorgeschrieben sein) liegenden richterlichen Auftrag die Eigenschaft des **P r o z e ß s a c h v e r s t ä n d i g e n** (SCHMIDT II, § 73 Anm.2). Zu beachten ist noch, daß auch ein richterlicher Auftrag nur dann wirksam ist, wenn er durch einen mit der Sache ordnungsgemäß befaßten Richter erfolgt (MEZGER, S.7).

demonstriert.⁵⁹⁾

B. Die sachverständige Auskunftsperson

Ein verbreiteter Sprachgebrauch bezeichnet auch solche Personen als Sachverständige, denen zwar eine besondere Sachkunde eignet, die aber nicht durch r i c h t e r - l i c h e n A u f t r a g in der oben dargelegten Weise in den Prozeß eingegliedert sind und damit nicht zu "Prozeßsachverständigen" im engeren Sinne obiger Definition geworden sind.

Diese Übung läuft dem Interesse an klarer Abgrenzung nicht zuwider, soweit die so bezeichneten Personen ihre Sachkunde völlig außerhalb eines prozessualen Geschehens anwenden.⁶⁰⁾ Vom Standpunkt der hier vertretenen Auffassung abzulehnen ist eine solche Wortwahl aber für Personen, die ohne richterlichen Gutachtenauftrag ihre Sachkunde in den Dienst eines Prozesses stellen. Man kann sie " s a c h v e r s t ä n d i g e A u s k u n f t s - p e r s o n e n " nennen. Diese Bezeichnung macht deutlich, daß diese Personen nur in einem mehr oder minder losen Zusammenhang mit dem Prozeßgeschehen stehen und nicht wie nach Erteilung des richterlichen Gutachtenauftrags mit diesem bindend verknüpft sind.⁶¹⁾ Bittet der Staatsanwalt einen Freund beim Kegelabend

59) In diesem Sinne SCHMIDT II, Vorbem.17 zum 7.Abschnitt und MEZGER, S.19, 20.

60) Z.B. ein "Sachverständiger" setzt beim Abschluß eines Kaufvertrages im Auftrag der Parteien eine Kaufpreissumme in angemessener Höhe fest.

61) Vgl. oben S.14,15.

um Aufklärung in einer Fachfrage⁶²⁾, so ist dieser, wenn er der Bitte entspricht, ebenso sachverständige Auskunftsperson wie jemand, der auf förmliches, amtliches Ersuchen des Staatsanwalts sein Fachwissen für die Ermittlungsarbeit einsetzt. Lediglich sachverständige Auskunftsperson kann aber auch sein, wer mit dem Richter "zusammenarbeitet". Das ist dann der Fall, wenn der Richter einen Gutachtenauftrag der oben bezeichneten Art nicht erteilt hat und die sachkundige Person lediglich privat um Aufklärung bittet. Ein solches Verfahren ist zulässig, solange ein Sachverständigenbeweisantrag nicht gestellt ist, weil grundsätzlich das Gericht sich durch jede nur erdenkliche Art von Selbststudium eigene Sachkunde verschaffen darf und verschaffen soll.⁶³⁾ Eine andere Frage ist natürlich, ob das Gericht sich letztlich auf sein im Selbststudium erworbenes Wissen verlassen darf, ob nicht vielmehr der ihm bekannte Sachverhalt zur Zuziehung eines Sachverständigen drängt, so daß die Nichtbeiziehung das Urteil revisibel machen würde.⁶⁴⁾

62) Soweit nicht etwa interne Dienstvorschriften solche "unförmliche" Information verbieten, wird man das für zulässig halten müssen.

63) Die formlose Selbstinformation ist oft unerlässlich, um dem Richter einen ersten Überblick zu verschaffen, ohne den er zur Leitung eines evtl. beizuziehenden Gutachters und zur Stellung sinnvoller Fragen gar nicht in der Lage wäre.
PETERS, § 43 I, S.282.

64) Vgl. BGHSt 3, 169 (175) und im vorliegenden Text S.94 ff.

ZWEITER ABSCHNITT

Der Sachverständige als Mittel strafprozessualer Aufgabenerfüllung

Zuverlässige Erkenntnis in der Frage, welche Stellung der Sachverständige im Prozeß idealiter einnehmen sollte, setzt eine kurze Charakteristik jener rechtlichen Erscheinungen und Vorgänge voraus, die wir als **P r o - z e ß** bezeichnen. Da der Sachverständige zu Beweis Zwecken in das Prozeßgeschehen eingeführt ist, bedeutet das für unsere Untersuchung, daß ihr Schwerpunkt bei jenen Erscheinungen liegen muß, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der prozessualen Beweissicherung und Beweiswertung stehen, also sich insbesondere mit der **T a t s a c h e** und der **M e t h o d e p r o z e s - s u a l e r T a t s a c h e n f e s t s t e l l u n g** befassen muß. Darüber hinaus aber bedarf es einer - in Anbetracht der Zielsetzung dieser Arbeit notwendigerweise sehr beschränkten - kennzeichnenden Beschreibung des Strafprozesses, denn nur die Veranschaulichung von **A u f g a b e n** und **W e s e n** des Strafprozesses vermag die Prozeßsituation des Sachverständigen so zu kennzeichnen, wie es zur Klärung der aufgeworfenen Frage wünschenswert erscheint.

A. Die Charakteristik des Strafprozesses

I. Die Aufgabe des Strafprozesses

In den strafprozessualen Normen findet sich die notwendige Ergänzung zu den Rechtsregeln des materiellen Strafrechts. Enthält das Strafrecht allgemeine Aussagen über Verbrechen und Verbrechenfolgen und schafft es in seinen Tatbeständen eine Vertypung des Unrechts- und Schuldgehalts der Verbrechen⁶⁵⁾, so will das Strafprozeßrecht die Anwendung des materiellen Strafrechts auf den konkreten Lebensvorgang⁶⁶⁾ ermöglichen. Endziel dieser Anwendung materiellen Strafrechts nach Maßgabe der Strafprozeßnormen ist die Herbeiführung des Rechtsausgleichs und der Rechtsberuhigung in einer durch Straftaten gestörten Rechts- und Gemeinschaftsordnung.⁶⁷⁾

Die Einzelaufgaben ergeben sich aus obiger Zielsetzung: nämlich Feststellung der Einzelfakten, um Gewißheit darüber zu erlangen, ob überhaupt ein den Strafgesetzen subsumierbarer Sachverhalt vorliegt und, falls dies der Fall, Subsumtion der für erwiesen angesehenen Tatsachen unter das Strafgesetz.

65) HENKEL, § 1 II 1, S.3.

66) Vgl. HENKEL, § 1 II 2 a, S.3; MEZGER, S.23; NIESE, Prozeßhandlungen, S.31; PETERS, § 16 I, S.79.

67) Vgl. PETERS, a.a.O.

Notwendigerweise unterliegt der Strafprozeß in der Verfolgung seiner Aufgaben insoweit Beschränkungen, als die aufgezeigten Ziele nur angestrebt werden dürfen unter Anwendung j u s t i z f ö r m i g e r Mittel, ja überhaupt nur in justizförmigen Verfahren erreichbar sind! Echten Rechtsausgleich und dauerhafte Rechtsberuhigung können der Strafprozeß und insbesondere das ihn abschließende Urteil nicht ausschließlich durch die in der staatlichen Machtfülle begründete Autorität bewirken. Seine "effektive Wirkung im sozialen Leben"⁶⁸⁾ muß das Urteil vielmehr überwiegend der freiwilligen Aufnahme seitens der rechts- und gesetzestreuen Rechtsgenossen verdanken, die nach ihrer von staatlicher Zwangsübung unbeeinflussten, aus den grundlegenden Normen der Rechtsordnung und einer vor- und überrechtlichen Sittenordnung⁶⁹⁾ gewonnenen Überzeugung einen Richterspruch als "Recht", als "gerecht" anerkennen. Ein Strafurteil erfüllt die ihm zukommende Aufgabe, das Recht in ihm Gestalt gewinnen zu lassen⁷⁰⁾, umso vollkommener, je mehr in ihrem rechtlichen und weltanschaulichen Denken unverbildete Menschen es als gerecht akzeptieren.⁷¹⁾ Zumeist nicht erreichter Idealfall ist der, daß auch die an einem bestimmten

68) SCHMIDT I, Nr.12, 13, S.30.

69) Die unumschränkte Geltung einer vor- und überrechtlichen Sittenordnung für jede Form rechtlicher Ordnung betont zutreffend PETERS, § 7 I, S.36.

70) SCHMIDT, Justitia, S.35.

71) Das vollkommene, allgemein angenommene Urteil gibt es nicht! SAUER, S.1: "Der Richter richtet einen Lebensausschnitt so, daß er sich in die staatliche Rechtsgemeinschaft m ö g l i c h s t (Hervorhebung hinzugefügt) harmonisch einfügt, und zwar jedenfalls besser als bisher." - Vgl. auch SAUER, Grundlagen, § 3 III 1 a, S.40.

Prozeßausgang einseitig interessierten Personen (Nebenkläger, der durch die Straftat Verletzte und insbesondere der Angeklagte), durch die zwingende Logik der in den Urteilsgründen enthaltenen gedanklichen Ableitungen, durch die Sorgfalt der Tatsachenfeststellungen und der rechtlichen Subsumtion überzeugt, Strafverfahren und Urteil in der oben angedeuteten Weise innerlich bejahen.

Eine solche Annahmefähigkeit zu wecken, ist nur das justizförmige Verfahren geeignet, das nicht einseitig auf Schnelligkeit und Energie ausgerichtet ist, sondern gleichzeitig zu **V o r s i c h t** und **B e h u t s a m - k e i t** zwingt⁷²⁾, ein Verfahren, das nie vergessen macht, daß der Beschuldigte, auch soweit er Passivbeteiligter ist, stets Persönlichkeit bleibt.⁷³⁾ Die große Idee des Rechtsstaates als eines Staates, der sich selbst mißtraut⁷⁴⁾, sich deshalb bei der Durchführung von Strafverfahren im Interesse unbedingter Rechtssicherheit einer Selbstbeschränkung seiner staatlichen Machtfülle durch "wohlthätige Formen und Regeln"⁷⁵⁾⁷⁶⁾ unterwirft, muß deshalb auch Richtschnur bei der Beurteilung der Frage nach der Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß sein.

72) SCHMIDT I, Nr.14; PETERS, § 73 I 2: "Maß, Vorsicht und Zurückhaltung".

73) PETERS, § 28 III 1, S.160.

74) SCHMIDT I, Nr.19.

75) SCHMIDT I, Nr.20.

76) Auf die Bedeutung von Prozeßnormen als Schutznormen wird schon in der alten Prozeßrechtsliteratur hingewiesen; vgl. z.B. ZACHARIAE, S.145/146.

II. Das Wesen des Strafprozesses

Die Erreichung der Prozeßziele, Tatsachenermittlung, Subsumtion, Urteilsfällung, Rechtsausgleich und Rechtsberuhigung, wird nur selten von allen Prozeßbeteiligten nach besten Kräften gefördert. Im Regelfall ist es vielmehr so, daß einzelne Prozeßbeteiligte durch ihr Handeln eine Prozeßentwicklung anstreben, die die Erreichung der genannten Aufgaben erschwert oder gar teilweise oder ganz vereitelt. So wird der Beschuldigte, sofern er nicht, was selten vorkommt, aus echtem Sühnebedürfnis selbst das Strafübel erstrebt, dem Bemühen der Strafverfolgungsorgane um Herbeiführung von Rechtsausgleich und Rechtsberuhigung hemmend entgegenwirken, auch wenn er sich schuldig weiß. Auch vom Nebenkläger und dem Verteidiger ist nicht zu erwarten, daß sie ihre Handlungen im Prozeß unbedingt auf diese Ziele hin ausrichten. Der Nebenkläger wird, sofern er in seinem Vermögen geschädigt ist, häufig eine Verurteilung auch dann herbeizuführen suchen, wenn er nicht von der Schuld des Beschuldigten überzeugt ist, um im späteren Zivilprozeß oder gegebenenfalls im Adhäsionsverfahren Ausgleich für erlittene Vermögenseinbußen erlangen zu können. Der Verteidiger wird sich, soweit dies mit seiner Doppelstellung als Rechtsbeistand für den Beschuldigten und Rechtspflegeorgan⁷⁷⁾ vereinbar ist, um ein für seinen Mandanten möglichst günstiges Urteil bemühen.⁷⁸⁾ So ist das Strafverfahren reich an Spannungen und Gegensätzen.⁷⁹⁾ Aus

77) Vgl. GALLAS, Verteidigung, S.261/2; LUKANOW, S.22.

78) Über die Grenzen zulässiger Verteidigung vgl. GALLAS, a.a.O., S.256 ff.; vgl. auch PETERS, § 29 V, S.175 ff.

79) PETERS, § 13 I, S.66.

dem Mit- und Gegeneinander der von den Handlungen der Prozeßbeteiligten ausgelösten Kräfte ergibt sich die *Dynamik* als das wesensbestimmende Merkmal des Prozesses.⁸⁰⁾ Der Prozeß ist kein statisches Verhältnis, sondern ein sich entwickelnder Vorgang⁸¹⁾, der gekennzeichnet wird durch seine dynamische Zielstrebigkeit auf das Urteil und dessen endgültige Vollstreckung hin.⁸²⁾

In den Normen des deutschen Strafprozesses ist dafür Sorge getragen, daß die "natürliche Dynamik"⁸³⁾, die das Verdienst für sich beanspruchen darf, ein lebensvolles Bild des zu beurteilenden Vorgangs zu erzeugen, indem es den urteilenden Richter veranlaßt, die Dinge von zwei Seiten aus zu sehen⁸⁴⁾, nicht zum Schaden zuverlässiger Rechtsfindung unangemessen übersteigert wird. Insbesondere die Bestimmung des § 160 II StPO verhindert eine ungezügelter, *gefährliche* Dynamik, wie sie sich im Parteien Strafprozeß des angloamerikanischen Rechtskreises im Gegeneinander von Ankläger und Angeklagten und dessen Rechtsbeistand bisweilen ergeben kann. Die Vermeidung direkter Entgegensetzung der Kräfte stellt sicher, daß die Aufgabe der Wahrheitsfindung zentraler Mittelpunkt des Verfahrens bleibt und nicht - wie im Parteien Strafprozeß nicht mit Sicherheit auszuschließen - das Bemühen um suggestive Beeinflussung des zur Entscheidung aufgerufenen Gerichts an die Stelle einer von ernster Verantwortung getragenen Beweisführung tritt.⁸⁵⁾

80) Vgl. hierzu die grundlegenden Ausführungen von GOLDSCHMIDT, insbes. S.1 ff.; 227 ff., 255.

81) HENKEL, § 27 IV, S.135.

82) SCHMIDT I, Nr.42.

83) HENKEL, § 27 II, S.134.

84) HENKEL, a.a.O.

85) Der amerikanische Anwalt MINTZ bekennt in einer bei LUKANOW auf S.48 unter Fußnote 49 abgedruckten Äußerung: "The resort to tricks is a common spectacle in our courtrooms."

III. Die Funktion der Tatsache im Prozeß

Die Erfüllung der Verfahrensaufgabe, einen unter das Strafgesetz subsumierbaren Sachverhalt aufzudecken und unter Beachtung der förmlichen Beweisvorschriften des Strafprozesses für die Urteilsfindung zu verwerten, verlangt die Klärung eines umfangreichen Tatsachenmaterials. Nicht nur die unmittelbar unter den Tatbestand zu subsumierenden Fakten spielen im Prozeß eine Rolle, sondern alle Tatsachen, die irgendwie rechtserheblich, d.h. für die materiellen oder prozessualen Rechtsfolgen, sei es auch mittelbar, "über Umwege", von Bedeutung sind (z.B. beim indirekten Beweis die I n d i z t a t s a c h e n).

Die Tatsachen lassen sich unter verschiedenen Gesichtspunkten klassifizieren. Wichtigste und sich am ehesten anbietende Einteilung ist die in H a u p t - und H i l f s t a t s a c h e n einerseits und in i n n e r e und ä u ß e r e Tatsachen andererseits.⁸⁶⁾

Erstere Unterscheidung stellt auf die Beziehung einer Tatsache zum abzuurteilenden Vorgang ab. Danach sind Haupttatsachen solche Tatsachen, die sich auf den abzuurteilenden Sachverhalt selbst beziehen, wohingegen Hilfstatsachen lediglich Auskunft geben sollen über die Beweiskraft eines Beweismittels.

Das Begriffspaar innere Tatsachen - äußere Tatsachen sagt schon vom sprachlichen Ausdruck her unmißverständlich, was gemeint ist. "Innere Tatsachen sind solche, die sich in der Psyche eines Menschen zutragen" (Gedanken, Ansichten, Meinungen).⁸⁷⁾ Sie spielen als subjektive

86) Vgl. die eingehende Einteilung bei PETERS, § 37 V, S.235/6.

87) PETERS, § 37 V 3, S.235.

Unrechtselemente, Verschulden, Gefährlichkeit (beim Täter), Irrtumsvorstellungen (beim Täter und Zeugen), eine wichtige Rolle im Strafprozeß. Ihre Feststellung ist eine der wichtigsten und zugleich schwierigsten Aufgaben richterlichen Beweisführungsbemühens. Zu ihrer Bewältigung bedarf der Richter - wie noch zu zeigen ist - besonders oft der Hilfe des Sachverständigen (Psychiater oder Psychologe). "Äußere Tatsachen sind solche, die in der Außenwelt in Erscheinung treten." Im Prozeß haben äußere Tatsachen oft die Funktion, zusammen mit einer Schlußfolgerung die Feststellung innerer Tatsachen möglich zu machen, denn innere Tatsachen lassen sich vielfach nur aus äußeren Tatsachen ermitteln.⁸⁸⁾

IV. Die Methode prozessualer Tatsachenfeststellung

Die Feststellung von Tatsachen im Prozeß erfolgt, soweit es sich um beweisbedürftige Tatsachen handelt, durch Beweis nach Maßgabe des förmlichen Prozeßrechts. Festgestellt, bewiesen und damit der weiteren prozessualen Verwertung zugänglich ist eine die Schuld- und Straffrage betreffende Tatsache dann, wenn das Gericht nach prozeßförmer Beweiserhebung⁸⁹⁾ von ihrer Existenz ü b e r -

88) PETERS, a.a.O.

89) Man spricht von Strengbeweis. So zuerst DITZEN, S.5.

z e u g t i s t⁹⁰⁾ oder gesetzliche Beweisregeln die Annahme eines entsprechenden Beweisergebnisses unabhängig von der richterlichen Überzeugungsbildung anordnen.

1. Die richterlichen Beweisbindungen im Zivilprozeß

Im Zivilprozeß gibt es gesetzliche Beweisregeln, die den Richter u.U. zwingen, entgegen seiner Überzeugung eine Tatsache als wahr zu unterstellen.⁹¹⁾ Der Rechtsfall ist hier nach seiner tatsächlichen Seite hin nicht in uneingeschränktem Maße wissenschaftliches Problem und Gegenstand voraussetzungsloser Forschung. Auf dem Gebiete des Urkundenbeweises⁹²⁾, für den Nachweis des Zugangs von Schriftstücken im Schriftverkehr unter den am Prozeß beteiligten Personen⁹³⁾ und beim Beweis mündlichen Parteivorbringens⁹⁴⁾ oder der Beachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten⁹⁵⁾ sieht sich der Richter gehindert, bei der Erforschung des Sachverhalts nach den allgemeinen, für die Feststellung historischer Wahrheit maßgebenden Regeln der Logik

90) Vgl. §§ 261 StPO, 286 II ZPO; in diesem Sinne ü b e r z e u g t i s t das Gericht, wenn es keine "konkreten Zweifel" mehr hegt. Schweigen die Zweifel eines besonnenen, gewissenhaften und lebenserfahrenen Beurteilers, so steht die bloß "theoretische" oder "abstrakte" Möglichkeit anderer Sachlage einer Tatsachenfeststellung nicht entgegen. Eine von niemandem anzweifelhafte, absolute Gewißheit ist nicht zu fordern, ja angesichts der Grenzen menschlichen Erkennens auch nicht erreichbar. Vgl. BGH NJW 1951, 83 ff. u. 122 ff.; BGH GA 1954, S.152.

91) § 286 II ZPO.

92) §§ 415-418 ZPO.

93) Vgl. §§ 198 II StPO (Zustellung von Schriftsätzen unter Anwälten), 202 StPO (Zustellung im Ausland), 212a StPO (Amtszustellung an einen Rechtsanwalt), 261 b II 2 StPO (Übersendung von Schriftsätzen und Erklärungen durch die Post).

94) § 314 ZPO.

95) § 164 ZPO.

und Erfahrung zu verfahren. Darüber hinaus bewirkt die durch die richterliche Fragepflicht⁹⁶⁾ allerdings in ihren Auswirkungen erheblich gemilderte, den Zivilprozeß beherrschende V e r h a n d l u n g s m a x i m e⁹⁷⁾ zuweilen, daß der Richter ein zur Beiziehung im Prozeß drängendes Tatsachenmaterial zum Schaden vollkommener Sachaufklärung nicht verwerten darf, weil die Parteien durch ihr Verhalten eine Ausdehnung des richterlichen Beweisbemühens verhindern.⁹⁸⁾

2. Die "generalisierende" Methode des Strafprozesses

a) Allgemeines zur Tatsachenfeststellung

Im Strafprozeß unterliegt der Richter den im vorausgehenden Abschnitt aufgezeigten Beschränkungen bei der Aufklärung des abzuurteilenden Vorgangs weitgehend nicht. Er hat sich hier von Amts wegen⁹⁹⁾ - soweit das strafprozessuale Beweisrecht dies erfordert, im Wege prozeßförmlichen Strengbeweises - eine Überzeugung vom Vorhandensein der für die Urteilsentscheidung bedeutsamen Tatsachen zu verschaffen.¹⁰⁰⁾

Diese Tatsachenerforschung muß in ihrem Ziel auf die Erforschung der m a t e r i e l l e n W a h r h e i t ausgerichtet sein und in ihrer Methode nach möglichst vollkommener Erreichung dieser Aufgabe streben. Da das

96) § 139 ZPO.

97) Über diese vgl. ROSENBERG, § 63, S.293 ff.

98) Z.B. durch G e s t ä n d n i s (§ 288 ZPO) oder N i c h t b e s t r e i t e n (§ 138 III ZPO).

99) Instruktionsmaxime, Prinzip der materiellen Wahrheit.

100) §§ 155 II und 244 II StPO.

Strafurteil, will es gerecht sein, nur auf der objektiv gegebenen materiellen Wahrheit aufbauen kann, fehlen im strafprozessualen Beweisrecht mit Ausnahme des § 190 StGB¹⁰¹⁾ Beweisregeln, die als Ausnahmen vom Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung¹⁰²⁾ die Gefahr des Entstehens einer fiktiven Wahrheit mit sich bringen.

Abgesehen von einigen beschränkenden Bestimmungen, die auf schutzwerte Interessen einiger Verfahrensbeteiligter Rücksicht nehmen¹⁰³⁾, bedient sich die strafprozessuale Tatsachenerforschung der gleichen Mittel und Methoden, die zur zuverlässigen Erkenntnis auf allen wissenschaftlichen Gebieten führen. Man ist sich heute darüber einig, daß die richterliche Überzeugungsbildung gem. § 261 StPO niemals das Ergebnis eines dunklen Gefühlsprozesses sein darf¹⁰⁴⁾, wie noch WALTHER meinte, der in der Strafprozeßlehre der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Ansicht vertrat, daß die auf dem individuellen Totaleindruck beruhende Beweisüberzeugung des Richters begrifflich keiner Nachprüfung zugänglich sei.¹⁰⁵⁾ Richterliche Überzeugung kann sich zuverlässig vielmehr nur ergeben unter Beiziehung der allgemeinen maßgebenden Regeln der Logik und Erfahrung, unter Anwendung der für jede wissenschaftliche Tatsachenforschung, ja für jede Art von Erkenntnis unerläßlichen

101) Daß § 190 StGB eine Beweisregel enthält, ist allgemein anerkannt; vgl. MAURACH BT § 19 II B 2, S.136; NIETHAMMER, S.211; WELZEL, § 41 III 1, S.271; SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 190 I.

102) § 261 StPO.

103) Vgl. §§ 69 III, 136 a u. §§ 52-55, 76 StPO.

104) MEZGER, S.27/28.

105) WALTHER, S.114-121.

generalisierenden Erkenntnis-
methode.¹⁰⁶⁾ Nur wer durch den Erwerb eines reich-
haltigen Erfahrungswissens in der Lage ist, auf breiterer
Beobachtungs- und Bewertungsgrundlage ein individuelles
Erleben in Beziehung zu setzen zu anderen Gegenständen
der Erfahrung, es einzuordnen versteht in ein System ge-
setzmäßiger Zusammenhänge, nur der hat die Möglichkeit,
historische Wahrheit klar zu erkennen. Schon die ein-
fachste Tatsachenwahrnehmung verlangt, wie bereits ge-
zeigt¹⁰⁷⁾, die vergleichende Bewertung von Empfindungen
mit den Reproduktionen früherer Empfindungsinhalte, den
Erinnerungsvorstellungen. Das individuelle Geschehnis
wird schon hier durch den Vergleich mit ähnlichen Vor-
gängen, durch Bewertung anhand eines Erfahrungswissens
unter allgemeinere Gesichtspunkte gerückt, ein Vorgang,
der sich in verstärktem Umfang fortsetzt, wenn a n d e -
r e Personen in kritischer Beurteilung fremder Wahrneh-
mung sich ein Bild über das wahrgenommene Geschehen zu
machen suchen. Besonders ausgeprägt ist diese generali-
sierende Tendenz in solchen Fällen der Tatsachenfeststel-
lung, in denen erst die Beiziehung von Erfahrungssätzen
eines speziellen Wissensgebietes die Erkenntnismöglich-
keit eröffnet. Zur Aufstellung solcher Erfahrungssätze
(etwa aus dem Gebiete der Physik) bedurfte es oft einer
großen Zahl von Experimenten, um den Forschern anhand
von Vergleichen der in den Versuchen vermittelten Indi-
vidualerlebnisse das Bestehen gewisser Gesetzmäßigkeiten
klar werden zu lassen. Der Erfahrungssatz entsteht dann
durch Zusammenfassung und Inbeziehungsetzung der gewonne-
nen Einzelerfahrungen unter Mitwirkung von P h a n t a -

106) Eine individualisierende Metho-
de der Tatsachenfeststellung gibt es nicht! MEZGER,
S.46.

107) S.2 ff.

s i e v o r s t e l l u n g e n , nämlich der Vorstellung, es werde auch in künftigen Fällen unter gleichen Voraussetzungen und Bedingungen stets der gleiche Geschehnisablauf zu beobachten sein, wie bei den früheren Experimenten.¹⁰⁸⁾ Es empfiehlt sich, mit MEZGER¹⁰⁹⁾ diesen Bestandteil erkennenden Denkens bei der Hypothesenbildung als k o g n i t i v e P h a n t a s i e zu bezeichnen, um sie als verstandesbestimmte, auf Erkenntnis ausgerichtete Phantasie von einer künstlerisch-schöpferischen, emotionalen Phantasie abzuheben.¹¹⁰⁾

Bedarf der Richter im Prozeß zur Erkenntnis historischen Geschehens der Beiziehung eines solchen Erfahrungssatzes, so empfiehlt es sich für ihn, soweit möglich und andererseits nicht offensichtlich überflüssig, den eben geschilderten Vorgang einer generalisierenden Ableitung des allgemeinen Gesetzes aus den individuellen Geschehnissen gedanklich nachzuvollziehen, um sich ein Bild von der Zuverlässigkeit der fraglichen wissenschaftlichen Erfahrung machen zu können. Die Notwendigkeit dieser Überprüfung bedeutet aber regelmäßig nicht, daß der Richter auch gehalten wäre, die tatsächlichen Grundlagen eines Erfahrungssatzes im Wege prozeßförmlichen Beweises festzustellen. Er kann vielmehr den Erfahrungssatz selbst zum Beweisthema machen und Beweisanträge, die darauf abzielen, die Einzelfakten zum Beweisthema zu machen, zumeist, sofern nicht begründete Zweifel an den Grundlagen eines Erfahrungssatzes auftauchen¹¹¹⁾, aus einem der Gründe des § 244 III StPO ablehnen.¹¹²⁾

108) MEZGER, S.43.

109) ders., S.44.

110) Näher über die Unterscheidung H.MAIER, S.134 ff.

111) Dann wäre der Richter sogar von Amts wegen verpflichtet, diese Zweifel durch entsprechende Beweiserhebung auszuräumen (§ 244 II StPO).

112) In Frage kommt insbesondere O f f e n k u n d i g -
k e i t oder P r o z e ß v e r s c h l e p p u n g .

b) Besonderheiten bei der Feststellung "innerer Tatsachen"

Die Feststellung innerer Tatsachen¹¹³⁾ weist gegenüber der Feststellung äußerer Tatsachen einige Besonderheiten auf. Augenfälligster Unterschied ist der, daß wir von fremdem Seelenleben niemals unmittelbare Kenntnis durch direkte Wahrnehmung erhalten, sondern immer erst im Wege einer Schlußfolgerung aus äußeren Tatsachen. Als solche für die Ermittlung innerer Tatsachen bedeutsame, sinnlich wahrnehmbare, äußere Vorgänge und Zustände kommen insbesondere in Frage: Schriftzeichen aller Art (Verkehrsschrift, Telegrammschrift, Chiffre), sonstige Aufzeichnungen (Tonband, Schallplattenaufnahmen), sinnliche Zeichen (Lautsprache, Zeichensprache, Gebärden) und eine große Anzahl weiterer Kennzeichen, die oft nur für ganz kurze Zeit fremdes seelisches Erleben verraten (Ausdruck des Schrecks, das Erröten der Verlegenheit, das Zittern der Angst usw.).

Um innere Tatsachen festzustellen, bedarf es also zunächst der Wahrnehmung dieser äußeren Indizien. "An die Stelle der Empfindung und der unmittelbaren Wahrnehmung der fremdpsychischen Vorgänge tritt die durch das äußere Indiz hervorgerufene Empfindung und die Wahrnehmung dieses äußeren Indizes"¹¹⁴⁾ Der weitere Erkenntnisvorgang zeigt wiederum die typische generalisierende Tendenz. Um psychisches Geschehen aus den äußeren Zeichen erkennen, deuten zu können, bedarf es auch hier einer vergleichenden Beurteilung und Bewertung anhand eines Erfahrungswissens. - Das erforderliche Vergleichsmaterial, die Erinnerungsvorstellungen, kann dabei dem Bereich f r e m d p s y c h i s c h e r Erfahrung oder der

113) Zum Begriff s.o.S.29.

114) MEZGER, S.62.

e i g e n p s y c h i s c h e n Erfahrung entstammen.

Die f r e m d p s y c h i s c h e Erfahrung, d.h. die zuvor erworbene Kenntnis über fremdes Seelenleben, trägt zur Feststellung der inneren Tatsachen deshalb bei, weil auch im Seelenleben der verschiedenen Menschen Gesetzmäßigkeiten und Gemeinsamkeiten auffindbar sind und somit unter Mitwirkung der kognitiven Phantasie in der oben geschilderten Weise in gewissem Umfang allgemeingültige Erfahrungssätze aufgestellt werden können. Ob man allerdings berechtigterweise von einer "weitgehenden Gleichartigkeit des menschlichen Seelenlebens im allgemeinen"¹¹⁵⁾ sprechen kann, erscheint zweifelhaft. Widersprechende Gutachten von Psychiatern und Psychologen in Prozessen sprechen eher für das Gegenteil.

So lag dem 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs¹¹⁶⁾ ein Fall zur Revision vor, bei dem in der Tatsacheninstanz vor dem Schwurgericht von f ü n f zur Frage der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten gehörten Gutachtern zwei Psychologen einen völligen Ausschluß sowohl der Einsichtsfähigkeit wie der Hemmungsfähigkeit (im Sinne von § 51 I StGB) durch hochgradigen Affekt für möglich hielten, einer der drei vernommenen Psychiater von der gleichen Möglichkeit ausging, der zweite nur die Voraussetzungen des § 51 Abs.2 als möglich ansah, der dritte aber beide Möglichkeiten, die des Abs.1 und Abs.2 des § 51 StGB, verneinte. Bei der Entscheidung und Beurteilung psychiatrischer und psychologischer Fachfragen befindet sich der Jurist und auch seine wissenschaftlichen Erkenntnishelfer, der Psychiater und Psychologe, teilweise noch auf sehr schwankendem Boden. Besonders die Frage, ob und inwieweit nicht spezifisch pathologische Gemüts-

115) So MEZGER, S.56.

116) BGHSt 11,20 ff.

veränderungen und Ausfallserscheinungen die Zurechnungsfähigkeit ausschließen oder vermindern können, ist noch nicht hinreichend geklärt und sehr bestritten.¹¹⁷⁾ Die Gerichtspraxis entscheidet mit Recht auf der Basis der gegenwärtig gegebenen Beurteilungsmöglichkeiten "in dubio pro reo" und erkennt an, daß hochgradige Zorn- oder Angstaffekte, auch wenn sie nicht mit krankhaften Ausfallserscheinungen einhergehen, die Zurechnungsfähigkeit ausschließen können.¹¹⁸⁾

Die Feststellung eigenpsychischer Tatsachen, der Erwerb eigener innerer Erfahrung ist für die Erkenntnis fremdpsychischer Tatsachen unzugänglich, da sich daraus wichtiges Interpretationsmaterial für fremdes Seelenleben ergibt.¹¹⁹⁾ Der geistige Gehalt der über die inneren Tatsachen Aufschluß gebenden äußeren Zeichen offenbart sich nur dem, der durch eingehende Selbstbeobachtung und ein Bewußtsein eigenen seelischen Erlebens in der Lage ist, Vorgänge fremden Seelenlebens zu rekonstruieren. Auf der inneren Wahrnehmung beruht die ganze Psychologie.¹²⁰⁾

Innere Wahrnehmung, Selbstbeobachtung der eigenen Psyche, ist auch wiederum - insoweit besteht kein Unterschied zu sonstigen Erkenntnisprozessen, die auf andere Gegenstände und Ziele gerichtet sind - nur möglich im Wege einer objektivierenden, generalisierenden Betrachtung. "Die Erkenntnis der Tatsachen des eigenen Seelenlebens vollzieht sich in Formen, die denen der Erkenntnis äußerer

117) Vgl. HADAMIK, MSchr.Krim. 1953, 11 ff.; vgl. auch MEZGER - MIKOREY in MSchrKrimBiol 1938, 444 ff., die dort (S.447 ff.) und die von SEELIG in den Kriminalbiologischen Gegenwartsfragen Heft 2, S.34 f. besprochenen Fälle.

118) OGHSt 3,19; BGH a.a.O.; ferner BGHSt 3, 194 (199); BGHSt 7, 325 (327).

119) Vgl. MEZGER, S.58.

120) WUNDT, Logik III, S.163; vgl. dort auch S.61.

Tatsachen logisch durchaus parallel liegen."¹²¹⁾ An die Stelle von Reiz und Empfindung bei der Wahrnehmung äußerer Tatsachen¹²²⁾ tritt allerdings bei der Erkenntnis eigenpsychischer Tatsachen die Erinnerung an früheres seelisches Erleben. Daran anschließend laufen die gleichen Vorgänge ab wie bei der Feststellung äußerer Tatsachen. Die Erinnerung wird dadurch zur Wahrnehmung, daß sie sich mit weiteren anderen Erinnerungsvorstellungen an psychisches Geschehen in vergleichender Bewertung zu einer neuen Einheit verbindet.¹²³⁾ Es ist dabei völlig gleichgültig, ob und inwieweit das zum Vergleich verwendete Material an Sachkunde und Erfahrung einer eigenpsychischen oder fremdpsychischen Beobachtung entstammt. Auf die Mitwirkung eigenpsychischer Erfahrung kann aber, wie schon herausgestellt, nie völlig verzichtet werden.

Schließlich sei in diesem Zusammenhang noch auf eine Schwierigkeit hingewiesen, die sich aber bei näherem Zusehen als eine mehr begriffliche und keineswegs unüberwindliche herausstellt. - Da jedes erkennende Vorstellen von Tatsachen stets die objektivierende, generalisierende Betrachtung voraussetzt, muß auch das Material der eigenpsychischen Beobachtung genau so als Objekt gedacht werden, wie es uns bei der wissenschaftlichen Erforschung äußerer Tatsachen selbstverständlich erscheint.¹²⁴⁾ Damit aber gerät der Beurteiler der eigenen Psyche in eine Doppelstellung. Er ist zugleich Subjekt des erkennenden

121) MEZGER, S.52.

122) Vgl. obige "Analyse" eines Wahrnehmungsvorgangs, S.2 ff.

123) Vgl. zum Ganzen MEZGER, S.55.

124) Vgl. H.MAIER, S.326: "Wenn wir überhaupt auffassen, also kognitiv vorstellen wollen, müssen wir objektivieren."

Denkens wie auch dessen Objekt. Die gedankliche Schwierigkeit bei der logischen Erfassung dieser Situation ergibt sich aus der zunächst einmal naheliegenden Vorstellung, beide Teile seien unter diesen Umständen notwendigerweise miteinander verschmolzen und völlig identisch, so daß eine Trennung nicht erfolgen könne. Das ist aber keineswegs so. Zwar können niemals alle Teile des Seelenlebens von Seiten des Forschungsobjekts auf einmal und zu gleicher Zeit in den Formen wissenschaftlicher Erkenntnismethoden objektiviert werden, denn in diesem Falle verbliebe dem Beurteiler nicht ein Bereich des subjektiven Meinens, ein Bereich der seelischen Resonanz, dessen er zur Bewertung und Erkenntnis unbedingt bedarf. Möglich ist aber bei der Selbstbeobachtung - diese Vorstellung bedeutet keine gedankliche Schwierigkeit - die Abtrennung von jeweils einem Teil des eigenen Seelenlebens, das der Beurteiler zum Material empirischer Psychologie macht, während ihm für die Beurteilung und Bewertung ein anderer Teil verbleibt.¹²⁵⁾

V. Die Werturteile im Strafprozeß

Kommt es nach den vorausgegangenen Ausführungen für den Strafprozeß darauf an, mit Hilfe einer allen Wissenschaften gemeinsamen, kognitiv generalisierenden Methode objektiv gegebene Tatsachen aus dem Material e m p i r i s c h e r E r f a h r u n g zu erkennen, so ist

125) Vgl. RICKERT, Grenzen, S.136: "Subjekt bleibt daher bei dem, was man Selbstwahrnehmung oder Selbstbeobachtung nennt, immer nur ein Teil des Seelenlebens, während ein anderer Teil das Objekt bildet, das wahrgenommen und beobachtet wird Ohne diese Annahme würde es gar nicht verständlich sein, wie wir uns selbst objektivieren und Psychologie als Wissenschaft treiben können."

damit das Werturteil nicht völlig aus dem Verfahren verbannt. Das reine Werturteil, das nicht Erkenntnis einer objektiv gegebenen Wirklichkeit, sondern eine willensmäßige Neuschöpfung bezweckt und deshalb "nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig" ist¹²⁶⁾, behauptet in gewissem Umfang seinen Platz.

Wichtigstes Beispiel ist der Akt der Urteilssetzung selbst und die ihm vorausgehenden Überlegungen zur Frage der Strafzumessung. Der Satz der Urteilsformel ist seinem Wesen nach kein Aussagesatz¹²⁷⁾, der nur von der Erkenntnis realen Seins berichten will, sondern er stellt sich dar als eine autoritative, auf Rechts- und Lebensgestaltung gerichtete Festsetzung.¹²⁸⁾ "Der Angeklagte wird wegen Diebstahls zu 3 Monaten Gefängnis mit Bewährung verurteilt", nicht weil der Richter als Ergebnis erkennenden Denkens aus den zu subsumierenden Tatsachen die "Tatsache dieses zu verhängenden Strafausspruchs" erkannte, sondern weil er unter Berücksichtigung aller Umstände diese Bestrafung für den Täter und seine Tat für angemessen hält.

Auch sonst kann uns im Strafprozeß das Werturteil be-
gegnen. Da das Strafverfahren nicht als isoliertes Ge-
schehen faßbar ist, sondern eingebettet ist in eine
ethische, kulturelle, politische und soziale Gesamtord-
nung, gibt es im Strafverfahren Situationen, in denen
der einzelne Verfahrensbeteiligte zum Werturteil und

126) RADBRUCH, Grundzüge, S.2.

127) MEZGER, S.86.

128) Über die Gestaltungseigenschaft des Strafurteils
vgl. SCHLIDT I, Nr.23; PETERS, § 53 II 1, S.393/4;
SAUER, S.234.

Bekenntnis aufgerufen ist. Man kann die genannten Ordnungsbereiche, die das Strafverfahren inhaltlich erfüllen, nicht ausschließlich als eine vorgegebene, objektiv immer vorhanden gewesene Seinsrealität begreifen, die der Mensch nur als die *r e c h t e O r d n u n g* logisch zu erfassen, aber nicht erst zu schaffen brauchte.

Selbst für den Bereich der ethischen Ordnung, die man sicherlich als grundsätzlich objektive Ordnung ansehen muß¹²⁹⁾, bleibt ein Bereich, in dem das Bemühen um Erkenntnis einer vorgegebenen sittlichen Grundordnung durch die Erforschung menschlichen Wesens und der im Menschen wirkenden Kräfte des Guten und Bösen scheitern muß, in dem nur das bekennende Werturteil zur Beziehung eines geistigen Standpunkts verhilft, weil nur ein genialer, nach unseren bisherigen Maßstäben und Vorstellungen "übermenschlicher" Geist hier in kognitivem Denken Klarheit über das ob und wie einer insoweit bestehenden Seinsrealität zu gewinnen vermöchte. -

Haben sowohl kognitive Denkakte wie auch Werturteile im Strafprozeß Bedeutung, so stellt sich die Frage nach ihrem Verhältnis. Nach dem eben Gesagten und den Ausführungen zum Wesen und den Aufgaben des Strafprozesses, der auf Erforschung der objektiven Wahrheit gerichtet ist und zur Erreichung dieses Zweckes sich der wirksamsten und zuverlässigsten Methode bedienen muß, ist zugleich das Primat des kognitiven Denkaktes gegenüber dem Werturteil unabweislich erwiesen. Das Werturteil hat in seiner Subjektsbezogenheit nicht die feste Beziehung zur Wirklichkeit, die der kognitive Denkakkt wegen seines Ausgangspunktes von der empirischen Erfahrung her

129) PETERS, § 7 I, S.37.

notwendigerweise hat¹³⁰⁾, und ist deshalb zur Erreichung der Prozeßziele, Erforschung der materiellen Wahrheit und Fällung eines darauf aufbauenden, den Rechtsfrieden wieder herstellenden gerechten Urteils ungleich schlechter geeignet. Aus diesem Grunde kann das Werturteil im Prozeß nur dort seine Berechtigung haben, wo sichere Erkenntnis durch die kognitive Denkmethode angesichts der dem menschlichen Geist gesetzten Grenzen gedanklich nicht vorstellbar erscheint.

E. Die Mitwirkung der Sachverständigen im Strafprozeß

Mit der Vervollkommenung der oben behandelten wissenschaftlichen Erkenntnismethode und der damit einhergehenden Erschließung neuer Wissensbereiche sowie der zunehmenden Technisierung unseres Zeitalters gewann der Sachbeweis - in Frage kommt für den Strafprozeß die Augenscheinseinnahme und der Urkundenbeweis - gegenüber dem Zeugenbeweis erheblich an Bedeutung. Es erschien umso verlockender, die in ihrer Objektivität unbestechlichen Tatsachen an die Stelle subjektiver Zeugenbekun-

130) Es darf allerdings nicht verkannt werden, daß auch bei kognitiven Denkakten irrationale gefühlsmäßige Momente mitspielen können. Da jede Überzeugungsbildung in der Entscheidung, das Erlaute für die Wahrheit zu halten, ein voluntatives Moment enthält, kann sich auch für den generalisierenden Erkenntnisprozeß eine mehr oder minder große Subjektsbezogenheit ergeben (speziell zum Vorgang der richterlichen Überzeugungsbildung vgl. NIESE, Überzeugung, S.148 ff.). Trotz dieser möglichen Subjektsbezogenheit, die umso größer ist, je spärlicher das Erfahrungswissen des Forschenden ist, haben wir es aber nicht mit Werturteilen zu tun, solange ein auf Erforschung des objektiven Seins gerichtetes Erkenntnisinteresse besteht (vgl. MEZGER, S.87, Fußnote 123).

dungen zu setzen als den wachsenden Einsichten einer wissenschaftlich-empiristisch aufgefaßten Lehre von der Psychologie des Strafverfahrens¹³¹⁾ die naturgegebenen Grenzen des Zeugenbeweises nicht verborgen geblieben waren, dessen Hauptmangel das wegen Fehlens reichhaltiger Erfahrungsinhalte oft allzu subjektive Erleben ist.

In dem gleichen Maße, in dem der Sachbeweis und die wissenschaftliche Erkenntnismethode Eingang in den Strafprozeß fanden, nahm auch die Bedeutung des Sachverständigenbeweises zu, der sich heute einen einflußreichen Platz im Verfahren gesichert hat. Die Sprache der die Wahrheit kündenden Tatsachen können der Richter und auch die sonstigen Verfahrensbeteiligten nicht stets und auf allen Spezialgebieten beherrschen.¹³²⁾ Zum Verständnis und sicheren Erkennen bedarf es dann des Sachverständigen, der vermöge eines in Beruf und Ausbildung erworbenen besonderen Erfahrungswissens berufen erscheint, die Wahrheit zu erforschen und zum Erkenntnismitteiler zu werden zwischen den nicht sachkundigen Prozeßbeteiligten und dem historischen Wahrheit dem Eingeweihten verratenden Tatsachenmaterial.

I. Die Erarbeitung des Gutachtens

Die erste der beiden Aufgaben, Feststellung der den Urteilsspruch tragenden Tatsachen unter Anwendung der kognitiven Denkmethoden und gegebenenfalls auch unter

131) Zur Entwicklung der Psychologie des Strafverfahrens vgl. GRASSBERGER, S.3 ff.

132) GRASSBERGER, S.259; PETERS, § 43 I, S.281, 282.

Mitwirkung von Werturteilen wird von den Sachverständigen zumeist zuverlässiger und vollkommener gemeistert als die zweite Aufgabe, die festgestellte Wahrheit den Prozeßbeteiligten zu vermitteln und insbesondere dem Richter die notwendige eigene Anschauung von Gang, Methode und Ergebnis der Untersuchungen zu verschaffen. - Inwieweit das Werturteil neben dem kognitiven Denkkakt seinen Platz im Strafprozeß hat, war bereits gesagt.¹³³⁾ Auch der Gutachter darf deshalb Werturteile in seinem Erkenntnisbemühen nur dort verwerten, wo die generalisierende Erkenntnismethode als das zuverlässigere Mittel zur Feststellung objektiver Wahrheit aus den angeführten Gründen¹³⁴⁾ nicht anwendbar ist. Danach haben Werturteile aus den Bereichen der ethischen, kulturellen, politischen und sozialen Ordnung im Gutachten ihre Berechtigung. Sie sind häufig implizite in den Ausführungen enthalten. - So wird ein überzeugter Sozialist, der als Wirtschaftsfachmann ein Gutachten über die Geschäftspraktiken eines wegen Erpressung eines kaufmännischen Verhandlungspartners angeklagten Kaufmanns abzugeben hat, eher zu einem Unwerturteil nach § 253 II StGB neigen als ein Gutachter, der nach seiner Weltanschauung einer weitgehend liberalistischen Staats- und Gesellschaftsordnung gegenüber dem sozialistischen "Wohlfahrtsstaat" (mit Reglementierung des freien wirtschaftlichen Wettbewerbs zum Schutz der sozial und wirtschaftlich schwächer gestellten Personengruppen) den Vorzug gibt. - Ob im Gutachten auch eine Stellungnahme zum Werturteil der Urteilssetzung enthalten sein darf, ist eine Frage, die speziell das Verhältnis des Richters zum Gutachter

133) S.40 ff.

134) a.a.O., insbes. S.42, 43.

betrifft und die deshalb in diesem Zusammenhang zu behandeln ist.¹³⁵⁾

Unzulänglichkeiten bei der Wahrheitsermittlung können verschiedene Gründe haben. Fehlt dem Gutachter das erforderliche Maß fachlichen Wissens, so ist er mangels einer breiten Beurteilungsgrundlage zur sicheren Erkenntnis nicht in der Lage. Seine etwa trotz des mangelhaften Wissens getroffenen Feststellungen sind stark subjektbezogen und nehmen einen Werturteilscharakter an. - Die Benennung ungenügend befähigter Gutachter kann vorkommen, da der Richter bei der ihm obliegenden Auswahl der Sachverständigen¹³⁶⁾ aus eigener Anschauung oft nicht zuverlässig beurteilen kann, wer über die nötige Sachkunde verfügt, vielmehr sich dabei mehr oder weniger auf die zuvor erfolgte Beurteilung von Seiten anderer und auf äußere Indizien verlassen muß (z.B. Ruf des in Aussicht Genommenen als Wissenschaftler, von ihm verfaßte Fachbücher).

Unzuverlässig sind auch Arbeit und Ergeonis eines Sachverständigen, der zwar über ein reichhaltiges Erfahrungswissen verfügt, es aber aus Bequemlichkeit, Zeitmangel¹³⁷⁾ oder Unfähigkeit, die Theorie auf den praktischen Fall anzuwenden, unterläßt, zur generalisierenden Betrachtung auf das gesamte, verfügbare Vergleichsmaterial zurückzugreifen.

135) Unten S. 143.

136) § 73 StPO.

137) HELLWIG, S.32, 33 berichtet von einem Sachverständigen, der in der Hauptverhandlung den Richter mit der Eröffnung überraschte, von der Art des von ihm angefertigten Gutachtens erstatte er jeden Morgen 8-10! Er stütze sich dabei wesentlich auf die von seinen Assistenten und anderen Hilfspersonen gemachten Feststellungen!

Zu einer einwandfreien prozessualen Gutachtenerstattung gehört weiterhin - das wird von Gutachtern leider oft verkannt -, daß dem Richter a l l e ernstzunehmenden Theorien und Ansichten in wissenschaftlichen Streitpunkten dargelegt werden, auch soweit der referierende Gutachter subjektiv von ihrer Unrichtigkeit, ja Unhaltbarkeit überzeugt sein mag. Der Gutachter kann dabei versuchen, mit einer betont sachlichen Argumentation und Beweisführung die Unrichtigkeit der Gegenauffassungen nachzuweisen. Das ist sogar seine Aufgabe. Niemals aber darf er, wie es in wissenschaftlicher Polemik nicht selten geschieht, die Überzeugungskraft der eigenen Beweisführung dadurch erhöhen, daß er dieschwachen Stellen einer Gegenauffassung stark in den Vordergrund rückt und die Hauptgründe zur Stützung der abweichenden Meinung gar nicht oder nur ganz beiläufig erwähnt. Erst recht muß der forensische Gutachter auf den - gegenüber "nicht ebenbürtigen" Zuhörern, insbesondere gegenüber den Laien des Gerichts - sehr erfolgversprechenden Versuch verzichten, seiner sachlichen Beweisführung durch die Wirkung emotionaler Ausbrüche Nachdruck zu verleihen. Das "Bekenntnis" eines renommierten Wissenschaftlers übt (leider) eine suggestive Wirkung aus und wiegt oft bei der Überzeugungsbildung eines Laien schwerer als die vorgetragenen sachlichen Beweisgründe.

II. Die Grenzen gutachterlicher Feststellung

Hat der Sachverständige die erforderliche Sachkunde und wendet er diese zur Rekonstruktion des prozeßerheblichen Geschehens folgerichtig, logisch unangreifbar und im Hinblick auf das erstrebte Ergebnis der Wahrheitsermittlung wirksam an, so kann seine Tätigkeit gleichwohl zu Beanstandungen Anlaß geben. Wie bereits angedeutet¹³⁸⁾, ist unser Strafverfahren zum Zwecke der zuverlässigen Erreichung von Rechtsausgleich und Rechtsberuhigung als justizförmiges Verfahren ausgestaltet. Das bedeutet insbesondere auch Beschränkungen in der Methode prozessualer Wahrheitserforschung.

Es ist einmal selbstverständlich, daß unzuverlässige Feststellungsmethoden, die etwa nur den Vorzug schneller Anwendung bieten, für den Strafprozeß keine Bedeutung haben oder doch höchstens in Zusammenhang mit anderen zuverlässigeren Methoden bedeutsam sein können. Eine Kombination mehrerer, für sich allein nicht völlig zuverlässiger Methoden kann in Verbindung und gegenseitiger Ergänzung zu zuverlässigen, jeden konkreten Zweifel ausschließenden Ermittlungen geeignet sein. Hat zum Beispiel die Kindesmutter im Unterhaltsprozeß beschworen, während der Empfängniszeit¹³⁹⁾ nur mit dem Beklagten verkehrt zu haben, so kann sich die Unrichtigkeit der Aussage, der begangene Meineid, unzweifelhaft aus einer Verbindung verschiedener Untersuchungsergebnisse ergeben. Reicht die Blutgruppenuntersuchung für sich allein nicht aus, die "offenbare Unmöglichkeit" der Vaterschaft

138) S.24 ff.

139) §§ 1592, 1717 II BGB.

nachzuweisen¹⁴⁰⁾, begründet ihr Ergebnis aber erhebliche Zweifel an der Vaterschaft¹⁴¹⁾, so können die Ermittlungen eines erbkundlichen Gutachtens¹⁴²⁾, gegebenenfalls auch eines geburthilflich gynäkologischen Gutachtens (Schlußfolgerung aus dem Verhältnis von Fruchtentwicklung und Tragzeit)¹⁴³⁾ geeignet sein, die bestehenden Zweifel an der Richtigkeit der Aussage zur Gewißheit über die Unrichtigkeit zu verdichten.

1. Die Schranken aus §§ 136a, 81, 81a, 81c StPO

Zum anderen kann sich aber auch unter gewissen Umständen die Anwendung von an sich zur Sachaufklärung geeigneten Mitteln für das justizförmige Verfahren verbieten. Bedeutsamste Beschränkung in dieser Richtung ist die Ausscheidung solcher Forschungsmethoden, die mit dem Charakter des Strafverfahrens als eines "sittlichen Vorgangs", als eines "sittlichen Läuterungsprozesses"¹⁴⁴⁾ unvereinbar erscheinen, weil ihre Anwendung einer ethischen Grundordnung zuwider die unantastbare Würde des Menschen verletzt, zu der sich das Bonner Grundgesetz als Höchst-

140) § 1717 I 2 BGB.

141) Über den Beweiswert der Blutgruppenuntersuchung nach dem neuesten Stande der Wissenschaft (Wahrscheinlichkeit für die einzelnen Blutfaktoren) vgl. PALANDT (LAUTERBACH), § 1591 Anm.4a mit Literaturangaben; BGHSt 6, 70 ff. Aus der älteren Literatur DAHR, MDR 1950, 725/6; PODLESCHKA, JR 51, S.8 ff. (S.10).

142) Zum Beweiswert des erbkundlichen Gutachtens PALANDT (LAUTERBACH), a.a.O., Anm.4b; BGHSt 5, 34 ff.; BGH JZ 51, 643.

143) Darüber vgl. PODLESCHKA, a.a.O., S.11.

144) PETERS, § 7 II, S.38.

wert bekennt¹⁴⁵⁾. Die prozessuale Wahrheitsermittlung darf deshalb nicht in der Weise erfolgen, daß die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung der Zeugen oder Beschuldigten beeinträchtigt wird durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder Hypnose. Eine Aussage darf nur erzwungen werden, wenn die Strafprozeßordnung den Zwang zuläßt¹⁴⁶⁾, Maßnahmen zur Erzwingung einer Untersuchung sind nur dann zulässig und dürfen angedroht werden, wenn sie in den Strafprozeßnormen vorgesehen sind¹⁴⁷⁾; jegliche Beeinträchtigung des Erinnerungsvermögens und der Einsichtsfähigkeit ist verboten.¹⁴⁸⁾ - Damit scheidet die Narkoanalyse, d.h. die Verabreichung von Rauschmitteln durch Injektion oder in Tablettenform, mit dem Ziel, eine zu vernehmende Person ähnlich wie nach stärkerem Alkoholgenuß zu enthemmen und zu freieren Äußerungen über prozeßerhebliche Tatsachen zu veranlassen, als Mittel der Wahrheitsfindung im deutschen Strafprozeß aus. Die Ablehnung der Narkoanalyse in der deutschen Strafprozeßliteratur ist nahezu einmütig¹⁴⁹⁾; von den

145) Art.1 GG; vgl. BONNER KOMMENTAR Anm.II 2 b zu Art.1; MANGOLDT/KLEIN, Art.1 Anm.III 5 a; BVerfGE 6,32 (41); BGHSt 5,332 (333, 335: "Zur Erhaltung und Entwicklung der Persönlichkeit gehört ein lebensnotwendiger und unverzichtbarer seelischer Eigenraum, der auch im Strafverfahren unangetastet bleiben muß.")

146) §§ 51, 70 StPO.

147) Vgl. etwa §§ 81a - 81c, 112 ff. StPO.

148) Vgl. die Aufzählung in § 136a (69 III) StPO.

149) NIESE, ZStrW., Bd.63, S.199 ff.; vgl. PETERS, Narkoanalyse, JR 50,47; SCHMIDT II, § 136 a Nr.9; SCHMIDT I Nr.94; ders., SJZ 1949, Sp.449 ff.; SCHÖNKE, DRZ 1950, S.145 ff.; KLEINKNECHT/MÜLLER, § 81 a Anm.2; RADBRUCH, Festschrift für Sauer, S.123; OLG Hamm, DRZ 50, S.212; vom Standpunkt des Mediziners Kurt SCHNEIDER, SJZ 1949 Sp.457. Aus der Rechtsprechung des BGH vgl. BGH NJW 1958,679, wo der BUNDESGERICHTSHOF ein Urteil aufhob, weil ein medizinischer Sachverständiger einen wortkargen jugendlichen Angeklagten, der anlässlich einer Untersuchung auf alle Fragen nur mit "ja" oder "nein" antwortete, durch Injektion von Pervitin zum Reden gebracht hatte.

bekannten Prozeßrechtslehrern befürwortet sie nach Einführung des § 136 a StPO nur SAUER. Die Gründe, die SAUER für die Narkoanalyse ins Feld führt, überzeugen indessen nicht. Insbesondere kann der Ausgangspunkt, von dem aus er seinen Rechtfertigungsversuch unternimmt, nicht unwidersprochen bleiben. Der Zweck der Wahrheitsfindung ist nicht "bedeutend wichtiger als die Schonung der persönlichen Freiheit".¹⁵⁰⁾ Dem Wahrheitsziel müssen sich nicht "sämtliche andere, sachliche wie erst recht (?)¹⁵¹⁾ persönliche Interessen einordnen".¹⁵²⁾ Das Bonner Grundgesetz hat vielmehr erkennbar den Individualinteressen einen erheblichen Rang einräumen wollen.¹⁵³⁾ Die bei SAUER erfolgende Überbetonung der Belange von "Volk, Staat und Gesellschaft"¹⁵⁴⁾ hat sich in der deutschen Geschichte als sehr verhängnisvoll erwiesen. Es gilt für die Justiz der Bundesrepublik, aus den trüben Erfahrungen der Kriegs- und Nachkriegsjahre zu lernen, die eine vielfache Nichtachtung der Menschenwürde, des menschlichen Eigenwertes, seiner vor- und überrechtlichen, unveräußerlichen Grundrechte brachten. Es ist deshalb sehr zu begrüßen, daß der BGH in jüngster Zeit in einem eingehend begründeten Urteil - die Unverwertbarkeit heimlich zu Beweis Zwecken angefertigter Tonbandaufnahmen betreffend - die Grenzen prozessualer Wahrheitserforschung, wie sie sich aus dem Grundrechtskatalog des Bonner Grundgesetzes, insbesondere aus Art.1 GG (Unantastbarkeit der Menschenwürde), ergeben, deutlich aufgezeigt hat.¹⁵⁵⁾ Die Strafprozeßordnung kennt keine

150) So SAUER, Allgemeine Prozeßrechtslehre, S.180.

151) Fragezeichen hinzugefügt.

152) SAUER, JR 1949, S.500 r.

153) Vgl. dazu PETERS, § 4 I 4, S.26-27.

154) SAUER, Allgem. Prozeßrechtslehre, S.180.

155) BGHSt 14, 358 ff. (insbes. S.364/5); vgl. auch BGHSt 5, 332 (333).

"Erforschung der Wahrheit um jeden Preis"¹⁵⁶⁾, wie sich aus Bestimmungen wie §§ 52 ff., 81 a ff., 252 und insbesondere 136 a StPO ergibt. Es gehört zu den traurigsten Zeichen geistiger und ethischer Verwirrung des 20. Jahrhunderts, daß es einer Bestimmung wie der des § 136 a StPO überhaupt bedurfte.¹⁵⁷⁾ PETERS¹⁵⁸⁾ hat in seiner Polemik gegen SAUER schon vor Schaffung des § 136 a StPO durch das Vereinheitlichungsgesetz vom 12.9.1950 überzeugend dargetan, daß in einer Rechtsordnung, die die ethische Ordnung zur Grundlage hat, niemals der Beschuldigte durch Untersuchungsmaßnahmen zu einem "Objekt" des Strafverfahrens gemacht werden darf.¹⁵⁹⁾ Der Strafprozeß kann sich als ein die Allgemeinheit und den Einzelnen reinigender Vorgang nur dann bewähren, wenn er von der sittlichen Verantwortung der einzelnen Beteiligten getragen wird¹⁶⁰⁾, wenn also auch der Beschuldigte ohne jeden Geständniszwang frei über das "ob" seiner Aussage entscheiden darf. Die Freiheit der Aussage ist aber im seelischen Ausnahmezustand der Narkoanalyse nicht gegeben¹⁶¹⁾, und zwar auch dann nicht, wenn der Vernommene zuvor in die Behandlung eingewilligt hat. Der Vernommene kann bei Einwilligung gar nicht übersehen, welche Einwirkung die Beibringung der Droge auf seinen Aussagewillen haben wird. Aus dieser Ungewißheit der Wirkung folgt, daß die Narkoanalyse auch zu rein diagnostischen Zwecken gem. §§ 81 a, 81 c

156) BGHSt 14, 365.

157) E.SCHMIDT II, § 136 a Nr.3.

158) JR 50, 47.

159) Ähnlich auch SCHMIDT II, § 136 a Nr.1, und ders., SJZ 49, 450/1.

160) PETERS, a.a.O.

161) Die Behauptung SAUERs (JR 1949, 501 r.), die Narkoanalyse schränke die Freiheit der Aussage nicht ein, sondern vergrößere sie, entspricht nicht den Tatsachen.

StPO nicht zulässig ist. Die Möglichkeit, daß die untersuchte Person unter der Drogeneinwirkung von sich aus oder auch unter mißbräuchlicher Ausnutzung des seelischen Ausnahmezustandes des Exploranden auf Veranlassung des Arztes zum Tatgeschehen Äußerungen macht, ist zu naheliegend. Mit Recht verneint deshalb die Strafprozeßrechtslehre allgemein die Zulässigkeit hemmungslösender, auf den seelischen Zustand einwirkender Drogen, auch soweit sie nur zu diagnostischen Zwecken erfolgen soll (etwa die Durchführung einer Psychoanalyse in Halbnarkose, Schockversuche o.ähn.).¹⁶²⁾ In einer unklaren Stellungnahme scheint ERBS die Anwendung von Narkotika zulassen zu wollen, soweit die Ausschaltung oder Beeinträchtigung der Geistestätigkeit lediglich aus diagnostischen Gründen bezweckt ist.¹⁶³⁾ Seine Begründung, § 136 a StPO beziehe sich nur auf Vernehmungen, ist als reine Wortlautinterpretation, die die ratio der Bestimmung außer acht läßt, nicht überzeugend. Außerdem führt ERBS wenig später¹⁶⁴⁾ im Widerspruch zum vorausgehenden Text aus, die Anwendung hemmungslösender Drogen zu Untersuchungszwecken sei wegen der Gefahr des Mißbrauchs unzulässig, obwohl § 136 a StPO sie nur für Vernehmungszwecke verbiete! Offenbar hat ERBS bei seiner Stellungnahme geglaubt, daß eine praktisch wohl undurchführbare Unterscheidung von Narkotika in hemmungslösende und nichthemmungslösende möglich ist.

Aus den angegebenen Gesichtspunkten ergibt sich auch die richtige Entscheidung bei der Beurteilung der prozessualen Zulässigkeit eines L ü g e n d e t e k t o r s.

162) SCHMIDT, SJZ 1949, 455 I.

163) ERBS, § 81 a Nr.V.

164) a.a.O.

Der Lügendetektor, ein Apparat zur Anbringung am Körper des Beschuldigten zwecks Messung von Blutdruck, Atmung und Puls, ist als Mittel prozessualer Wahrheitsfindung genauso unzulässig wie die Narkoanalyse.¹⁶⁵⁾ Zwar unterfällt die Anbringung eines Lügendetektors nicht einem der ausdrücklichen Verbote des § 136 a StPO.¹⁶⁶⁾ Sie ist weder "körperlicher Eingriff" noch "Verabreichung eines Mittels", noch "eine Maßnahme, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigt". Mit Recht hält aber SCHMIDT¹⁶⁷⁾ eine ausdehnende Auslegung der Bestimmung für möglich und geboten. Entscheidend ist allein - und das ist das Anliegen der gesetzlichen Regelung, welches bei der Interpretation des Paragraphen berücksichtigt werden muß -, daß der Beschuldigte nicht zum Objekt gemacht wird, nicht seiner Willensfreiheit beraubt werden darf, daß er Prozeßsubjekt und Persönlichkeit bleiben soll.¹⁶⁸⁾ Der Lügendetektor beläßt einem Beschuldigten nicht die Aussagefreiheit. Unterstellt man einmal die keineswegs erwiesene Zuverlässigkeit der mit dem Apparate gewonnenen Ergebnisse, so wird jedenfalls der nicht zur wahrheitsgemäßen Aussage entschlossene Angeklagte zu belastenden Äußerungen gegen seinen Willen gezwungen.¹⁶⁹⁾ Mit Recht bezeichnet RADBRUCH¹⁷⁰⁾ die Anwendung des Lügendetektors als "Geständniszwang, als Rückfall in den Inquisitionsprozeß, als Verrat am rechtsstaatlichen Prozeßdenken".

-
- 165) SCHMIDT I, Nr.95; METZ, NJW 1951,752; WÜRTENBERGER, JZ 1951,772; TILLMANN in LOEWE-ROSENBERG, § 136 a Anm.9 d; BGHSt 5,332 ff.
Abweichend ERBS, § 136 a Anm.2 sowie NJW 1951, 387 r.
- 166) SCHMIDT II, § 136 a Nr.9.
- 167) a.a.O., Nr.7.
- 168) SCHMIDT, a.a.O., Nr.7; vgl. auch PETERS, § 4 I 4, S.26/27, und BGHSt 5,332 (335).
- 169) SCHMIDT I, Nr.95 und Anm.88 f.; WÜRTENBERGER, JZ 1951 773 r.; RADBRUCH, Festschrift für Sauer, S.123.
- 170) RADBRUCH, a.a.O.

Die weiteren Schranken der Sachaufklärung im Strafverfahren werden durch die §§ 81 a - 81 d StPO gesetzt. Diese Vorschriften, die bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang körperliche Untersuchungen oder Eingriffe an Beschuldigten oder Zeugen vorgenommen werden dürfen, haben für den Sachverständigenbeweis eine große Bedeutung. Zusammen mit den §§ 80, 80 a, 81 StPO, die von der Gutachtenvorbereitung handeln, umreißen sie die Befugnisse insbesondere der medizinischen Gutachter; außerdem geben sie viele Gesichtspunkte für die richtige Kompetenzabgrenzung und Arbeitsverteilung zwischen dem Prozeßsachverständigen und dem Richter. Die Fragen der Kompetenzverteilung sind, auch soweit sie mit den §§ 80 ff. StPO zusammenhängen, bei der Behandlung des Verhältnisses zwischen Richter- und Sachverständigem im Zusammenhang erörtert.¹⁷¹⁾ An dieser Stelle werden deshalb nur einige außerhalb dieses Fragenkomplexes liegende, mit dem Sachverständigenbeweis verbundene Probleme der §§ 80 ff. StPO behandelt. -

Aus § 81 a StPO ergibt sich, in welchem Umfang zur Feststellung prozeßerheblicher Tatsachen körperliche Untersuchungen des Beschuldigten vorgenommen werden dürfen. Ohne Einwilligung sind Blutproben und andere körperliche Eingriffe zulässig, wenn kein Nachteil für die Gesundheit des Beschuldigten zu befürchten ist und der Eingriff nach den Regeln ärztlicher Kunst vorgenommen wird. In Rechtsprechung und Literatur ist das Vorliegen dieser Voraussetzungen grundsätzlich anerkannt für Lumbalpunktionen¹⁷²⁾, Röntgendurchleuchtungen und

171) Unten S.127 ff., insbes. S.139 ff.

172) Bayer.ObLG Str. Bd.1,472; LG Göttingen. MDR 52,629.

Magenaushebungen¹⁷³⁾, sowie für die sogen. Enzephalographie, einer röntgenologischen Darstellung der Hirnkammern mittels Lufteinblasens nach Ablassen von Gehirnwasser.¹⁷⁴⁾ Mit Recht empfiehlt Eb. SCHMIDT¹⁷⁵⁾ aber ein vorsichtiges Abwägen aller Umstände des Einzelfalles unter besonderer Berücksichtigung des individuellen körperlichen Zustandes eines Beschuldigten. Nur über die Gefährlichkeit oder Ungefährlichkeit des Eingriffs im Einzelfall kann entschieden werden. - Aber nicht nur insoweit sollten die konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles bei der Entscheidung über die Zulässigkeit von Maßnahmen nach § 81 a StPO berücksichtigt werden; es erscheint darüber hinaus auch notwendig, auf den im Einzelfall bestehenden Interessengegensatz (Interesse der Strafverfolgungsorgane an der Tatbestandsaufklärung - Interesse des Beschuldigten an der Erhaltung seiner körperlichen Integrität) im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung Bedacht zu nehmen. Ein solches Verfahren ordnet der Wortlaut des § 81 a StPO (anders der weitgehende Interessenausgleich in § 81 c I 3 StPO) zwar nicht an, doch wird man auch hier die Interessenlage nie ganz außer acht lassen dürfen.¹⁷⁶⁾ Bei Straftaten minderer Bedeutung kann es angezeigt sein, auf schwerere körperliche Eingriffe, etwa eine Rückenmark- oder Gehirnuntersuchung, zur Klärung der Schuldfähigkeit zu verzichten. Wenn auch letztlich die

173) KMR § 81 a Anm.1b; PETERS, § 40 II 2, S.255.

174) LÖFFLER, NJW 1851, 821 ff. (823 l.); BGHSt 8,148; SCHMIDT II, § 81 a Anm.15; KMR, a.a.O.; TILLMANN in LOEWE-ROSENBERG, § 81 Anm.8.
a.A. GRÖMIG, NJW 54,300.

175) SCHMIDT II, § 81 a Nr.15.

176) Richtig ERBS, § 81 a VI.

Unschädlichkeit einer Untersuchungsmethode im allgemeinen und im besonderen Fall festgestellt ist, so kann doch der Eingriff zur Zeit der Vornahme und auch einige Zeit danach Schmerzen und eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens mit sich bringen. Diese Beschwerden und Unannehmlichkeiten braucht der Beschuldigte dann nicht auf sich zu nehmen, wenn die Schwere des Eingriffs in keinem rechten Verhältnis zur Tat steht.¹⁷⁷⁾ Erwägungen dieser Art wird der Strafrichter in der Praxis zuweilen Raum geben müssen, mag auch eine dogmatische Rechtfertigung oft nicht leicht fallen. Erinnerung sei nur an die Problematik um den Nachweis der Unzurechnungsfähigkeit. Ein Beschuldigter, der z.B. einen Diebstahl oder gar nur einen Mundraub oder einen Betrug von geringem Unrechtsgehalt begangen hat, kann manchmal durch den Freispruch aus mangelnder Zurechnungsfähigkeit nach § 51 I StGB erheblich schwerer betroffen werden, als wenn eine Verurteilung aus dem objektiv verwirkten Tatbestand erfolgte. Der gerichtlich verbriefte sogen. "Jagdschein" kann den "bürgerlichen Tod" des Freigesprochenen bedeuten. Solche Fälle lassen sich aus den §§ 153, 153a StPO zwar nicht "dogmatisch völlig einwandfrei", aber doch "menschlich einwandfrei" von einem verständigen Richter und einer verständigen Staatsanwaltschaft lösen.

Aus dem Wortlaut des § 81 a StPO läßt sich eine weitere Schranke für die prozessuale Wahrheitsermittlung herauslesen, wenngleich sie auch nicht mit der wünschenswerten Klarheit im Wortlaut zum Ausdruck gekommen ist. Aus der Wendung "die für das Verfahren von Bedeutung sind" ist

177) In diesem Sinne auch LG Göttingen, MDR 1952,629 (630).

zu schließen, daß die Erheblichkeit der körperlichen Untersuchung für die prozessuale Sachaufklärung mit einiger Wahrscheinlichkeit feststehen muß.¹⁷⁸⁾ Ein vager Verdacht, daß die Untersuchung u.U. zu konkreten Ergebnissen führen könnte, genügt nicht. Die "körperliche Untersuchung ist nicht ein Feld beliebigen Nachforschens"¹⁷⁹⁾. Diese Beschränkung hat erhebliche Bedeutung für den Sachverständigenbeweis. Der Sachverständige darf nicht - von einem wissenschaftlichen Jagdeifer gepackt - mit dem Beschuldigten Experimente anstellen, deren Erfolg, die angestrebte Tatsachenfeststellung, unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles zweifelhaft ist. Insbesondere verbietet sich natürlich ein körperlicher Eingriff zu Untersuchungszwecken, wenn schon die generelle Geeignetheit der in Aussicht genommenen Untersuchungsmethode nicht sicher feststeht, mag auch die Ungefährlichkeit der Untersuchungsmethode erwiesen sein. Der durch den richterlichen Gutachtenauftrag zum Prozeßsachverständigen bestellte Wissenschaftler muß sich darüber klar sein, daß sich seine prozessuale Gutachterstellung in einigen entscheidenden Punkten von der Situation unterscheidet, in der er sich als forschender Wissenschaftler befindet. Als Wissenschaftler darf, ja soll er dem Wagnis und dem Experiment nicht entsagen. Einen Prozeß aber dürfen Sachverständige niemals zum "Tummelplatz unbewiesener Hypothesen" machen. Wozu es sonst kommen kann, beweist das Beispiel des in Presse und Öffentlichkeit viel diskutierten Rohrbach-Prozesses. Eine ausführliche Stellungnahme zum praktischen "Anschauungsmaterial", das dieser Prozeß für die Problematik des Sachverständigenbeweises liefert, findet sich unten bei der Erörterung des Verhältnisses des Richters zum Sach-

178) In diesem Sinne SCHMIDT II, § 81 a Nr.7; KMR § 81 a Anm.3.

179) KMR a.a.O.

verständigen.¹⁸⁰⁾ - Ein gewisser Schutz vor experimentierfreudigen Gutachtern wird dem Beschuldigten durch die Regelung des Gesetzes geschaffen, daß nur der Richter, in Notfällen die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsbeamten, die Anordnungen zu Maßnahmen nach § 81 a StPO treffen darf. Der Richter ist aber bei der Beurteilung der Frage, ob eine Untersuchungsmethode geeignet ist, unter den gegebenen Umständen prozeßerhebliches Tatsachenmaterial zuverlässig festzustellen, auf die Beurteilung des Sachverständigen angewiesen. Ergeben sich irgendwelche Anhaltspunkte, daß der Gutachter die Anwendung eigener, von ihm selbst für richtig gehaltener, aber nicht allgemein anerkannter Feststellungsmethoden beabsichtigt, so muß auch bei Anordnung der Maßnahmen nach § 81 a StPO ein Gegengutachter oder evtl. mehrere Gutachter beigezogen werden, um die wirksamste, zuverlässigste Methode herauszufinden bzw. die unzuverlässigen Methoden als ungeeignet auszuschneiden.¹⁸¹⁾

Weitergehende, über den Rahmen des § 81 a StPO hinausgehende Untersuchungs- und Eingriffsbefugnisse ergeben sich, wenn eine Einwilligung des Beschuldigten erfolgt.¹⁸²⁾ Keineswegs ist aber

180) S.147 ff.

181) Vgl. dazu auch unten S.147 ff., insbesondere S.151 - 156.

182) TILLMANN in LOEWE-ROSENBERG, § 81 a Anm.7; SCHMIDT II, § 81 a Anm.18; PETERS, § 40 II 2 a, S.255; KMR § 81 a Anm.4; SCHWARZ, § 81 a C S.125. Sofern der Beschuldigte einwilligt, weil er irrig sich zur Duldung der über § 81 a StPO hinausgehenden Eingriffe und Untersuchungen verpflichtet glaubt, ist seine Einwilligung nicht "freiwillig" und deshalb unbeachtlich. Um die Unbeachtlichkeit der Einwilligung zu vermeiden, ist entsprechende Belehrung des zu Untersuchenden zu empfehlen. Diese braucht nicht notwendig durch den Richter zu erfolgen. Entscheidend ist nur, daß der Beschuldigte über die Grenzen seiner Duldungspflicht in Kenntnis gesetzt ist und sich unter dieser Voraussetzung frei entschließen kann.

in diesem Fall jede körperliche Untersuchung und jeder Eingriff prozessual zulässig und materiell gerechtfertigt (§ 226 a StGB). Der prozessuale Feststellungszweck rechtfertigt nicht von vornherein alle Maßnahmen, wie SCHWARZ¹⁸³⁾ annimmt. Die Strafprozeßordnung enthält eine Bestimmung wie die des § 136 a nicht nur zum Schutz des Beschuldigten, sondern auch als eine Schutznorm für die gesetzliche Ordnung und die rechtsstaatliche Rechtspflege.¹⁸⁴⁾ Über diese Schutzgüter kann der Beschuldigte aber nicht durch seine Einwilligung verfügen. Eine Maßnahme muß trotz Einwilligung des Beschuldigten daher stets dann unterbleiben, wenn sie "gegen die guten Sitten", d.h. für den Prozeßbereich gegen die "gute Ordnung eines rechtsstaatlichen Verfahrens" verstößt.¹⁸⁵⁾

Gegen Personen, die nicht Beschuldigte sind, hat die Strafprozeßordnung die Zulässigkeitsvoraussetzungen für körperliche Untersuchungen und Eingriffe besonders eng begrenzt. Gemäß § 81 c Abs.I StPO dürfen solche Personen ohne ihre Einwilligung nur untersucht werden, wenn sie als Zeugen in Betracht kommen. Als Zeuge kommt in Betracht, wer durch die Art seiner Beteiligung an dem aufzuklärenden historischen Vorgang möglicherweise in eine spezielle individuelle, historische Beziehung zum prozeßerheblichen Geschehen gekommen ist und damit die Zeugeneignung für diesen Prozeß gewon-

183) a.a.O.

184) Vgl. KMR, § 136 a Anm.1a (5); ERBS, NJW 1951, 389.

185) Im Ergebnis wie hier alle in Fußn.182 (S.59) genannten Autoren (a.a.O.) außer SCHWARZ. In ausdrücklicher Stellungnahme gegen dessen zu weitgehende Auffassung PETERS, a.a.O.

nen hat.¹⁸⁶⁾ Des weiteren dürfen die Untersuchungen, soweit es sich nicht um Ermittlungen der Abstammung oder die Entnahme von Blutproben handelt¹⁸⁷⁾, nur vorgenommen werden, wenn zur Erforschung der Wahrheit festgestellt werden muß, ob sich am Körper des Zeugen eine bestimmte Spur oder Folge einer strafbaren Handlung befindet. Dieser Wortlaut ist eng auszulegen. So dürfte z.B. in einem Verfahren wegen übler Nachrede der Wahrheitsbeweis hinsichtlich des behaupteten Geschlechtsverkehrs einer noch sehr jungen Zeugin nicht dadurch geführt werden, daß das Gericht die Zeugin ohne deren Einwilligung bzw. die des Personensorgeberechtigten¹⁸⁸⁾ von einem ärztlichen Gutachter untersuchen ließe.¹⁸⁹⁾

Von besonderer Wichtigkeit ist der gesetzlich ausgesprochene Zumutbarkeitsgedanke. Im Begriff der Zumutbarkeit kommt insbesondere auch zum Ausdruck, daß die Untersuchung im richtigen Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen muß.¹⁹⁰⁾ Berücksichtigt werden muß Alter, Geschlecht der betroffenen Person, Art der Untersuchung, Bedeutung der Untersuchung für die Wahrheitsermittlung, Bedeutung

186) Vergl. SCHMIDT II, § 81 c Nr.2 und Vorbemerkung 15 zum 7.Abschnitt sowie Vorbemerkung 12 zum 6.Abschnitt; HEGLER, S.247. Siehe auch oben S.20.

187) § 81 c Abs.II StPO.

188) Die Einwilligung verlangt eine prozeßrechtlich beachtliche Willenserklärung. Diese setzt keine Geschäftsfähigkeit voraus, wohl aber verständige Einsicht in Bedeutung und Tragweite der Maßnahme (SCHMIDT II, § 81 c Nr.13).

189) Vgl. PETERS, § 40 II 2 b, S.255; ebenso vor Schaffung des § 81 c RGSt 42,440. Auch hier ist zu beachten, daß eine "freiwillige", beachtliche Einwilligung nicht vorliegt, wenn der Zeuge sich irrig zur Duldung der zugestandenen Eingriffe verpflichtet glaubt. Belehrung ist zu empfehlen, vgl. Fußnote 182.

190) BGH bei DALLINGER, MDR 56,527.

der aufzuklärenden Strafsache als solcher usw.¹⁹¹⁾ - Von körperlichen Untersuchungen, die nicht der Ermittlung von Tatspuren am Körper dienen, läßt das Gesetz nur Maßnahmen zur Feststellung der Abstammung und die Entnahme von Blutproben zu, und zwar unter der Voraussetzung, daß kein Nachteil für die Gesundheit des Untersuchten zu befürchten ist und die Maßnahme zur Erforschung der Wahrheit unerläßlich ist.

W i l l i g t der betroffene Dritte e i n , so sind die in § 81 c Abs.I und II StPO genannten Maßnahmen ohne weiteres zulässig.¹⁹²⁾ Darüber hinausgehend können auch sonstige Maßnahmen zulässig sein, vor allem diejenigen, die nach § 81 a StPO in Frage kommen. Die Grenzen der Zulässigkeit bestimmen sich aus §§ 136 a StPO, 226 a StGB.¹⁹³⁾

Die starken Beschränkungen, die § 81 c StPO für das prozessuale Feststellungsbemühen des Gerichts oder anderer Strafverfolgungsorgane normiert, sind für den Sachverständigenbeweis ebenfalls sehr bedeutsam. Genau wie die Ermittlungshandlungen nach § 81 a StPO gegen den Beschuldigten obliegen die Untersuchungen von Zeugen gem. § 81 c StPO nahezu ausschließlich medizinischen Sachverständigen. Auf ihre verantwortungsvolle Mitarbeit und Entscheidung von Anfang an kommt es an. Zwar ist die Anordnung von Maßnahmen nach §§ 81 a, 81 c StPO

191) Vgl. SCHMIDT II, § 81 c Nr.6; DALLINGER, SJZ 1950, Sp.733/4; KMR § 81 c Anm.2 e; ERBS, § 81 c IV.

192) SCHMIDT II, § 81 c Nr.13.

193) Vgl. oben S.59f. und SCHMIDT II, a.a.O. und § 81 a Nr.5 u. 6, Nr.18.

Sache des Richters¹⁹⁴⁾, doch kann dieser über die Frage der Zumutbarkeit der Untersuchung, über evtl. Gesundheitsnachteile und die Notwendigkeit einer Maßnahme zur Erforschung der Wahrheit oft nicht ohne die Hilfe des Sachverständigen entscheiden, da es hier neben juristischen und allgemein-menschlichen Wertungsgesichtspunkten in weitem Umfang auch medizinische Aspekte zu berücksichtigen gilt.¹⁹⁵⁾ Letztlich bedarf noch § 81 StPO als eine für den Sachverständigenbeweis wichtige Norm der Erörterung. Die meisten Fragen, die sich aus dieser Bestimmung ergeben, betreffen allerdings speziell die Abgrenzungproblematik der Kompetenzen zwischen Richter und Sachverständigem.¹⁹⁶⁾ An dieser Stelle sei deshalb nur allgemein Umfang und Bedeutung der Regelung und ihr Verhältnis zu den nach §§ 81 a und 81 c StPO zulässigen Maßnahmen erörtert.

§ 81 StPO erlaubt die Einweisung eines Beschuldigten in eine öffentliche Heil- und Pflegeanstalt zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geisteszustand. Erforderlich ist, daß dem Beschuldigten zuvor ein Verteidiger bestellt wird und daß dieser und ein Sachverständiger zur Frage der Unterbringung gehört wird. Problematisch ist, wann dem Erfordernis der "Anhörung eines Sachverständigen" genügt ist. Angesichts der Schwere des Eingriffs in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der persönlichen Freiheit (vgl. Art.2 Abs.II S.2, Art.104 GG) muß man fordern, daß die Stellungnahme durch einen erfahrenen Facharzt der Psychiatrie erfolgt und nicht zuerst durch

194) §§ 81 a II, 81 c III StPO.

195) Zur Zusammenarbeit zwischen dem Richter und dem medizinischen Gutachter vergl. unten S.160 ff.

196) Dazu unten S.160 ff.

einen Allgemeinpraktiker oder einen regelmäßig nicht spezialistisch vorgebildeten Gerichtsarzt, um es dann dem Leiter der Heil- und Pflegeanstalt zu überlassen, den Beschuldigten ggfs. sofort wieder oder vor Ablauf der vorgesehenen Frist zu entlassen, weil eine Anstaltsbeobachtung nicht oder nicht mehr erforderlich erscheint.¹⁹⁷⁾ Auch bei der Anordnung der Anstaltsunterbringung - hier erst recht - ist die Verhältnismäßigkeit der Maßregel zum erwarteten Prozeßergebnis zu berücksichtigen.¹⁹⁸⁾ Steht nur Freiheitsstrafe von wenigen Tagen oder mäßige Geldstrafe in Frage, so ist eine bis zu 6 Wochen dauernde Freiheitsentziehung unangebracht. Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich auch, daß das Gericht zuerst die Mittel ausschöpfen muß, die den Beschuldigten weniger belasten, sofern nicht offenkundig ist, daß andere Möglichkeiten als die Anstaltsuntersuchung keine Erfolgsaussichten bieten.¹⁹⁹⁾ Es ist deshalb auch nicht zu beanstanden, wenn das Gericht nach einer ersten gutachtlichen Stellungnahme durch einen psychiatrischen Facharzt, der die Anstaltsbeobachtung für erforderlich hält, noch einen weiteren oder gar mehrere Gutachter beauftragt. Das Gericht ist an die Ergebnisse des Erstgutachters auch hier nicht gebunden²⁰⁰⁾, entscheidet vielmehr über die Maßnahme der Anstaltsbeobachtung nach pflichtgemäßem Ermessen.²⁰¹⁾

197) So mit Recht LÖFFLER, NJW 51,821; SCHMIDT II, § 81 Nr.13; KMR § 81 Anm.2 (die abweichende und von LÖFFLER a.a.O. kritisierte KMR-Auffassung ist bereits seit der 3.Auflage des Kommentars aufgegeben worden).

198) SCHMIDT II, § 81 Nr.6; KMR § 81 Anm.1c; OLG Saarbrücken, SJZ 1950,139; OLG München bei ALSBERG, Entsch. Bd.1 Nr.201.

199) OLG München, a.a.O., Nr.200; OLG Rostock, bei ALSBERG, Entsch. Bd.1 Nr.199; LÖFFLER, NJW 1951,821.

200) Vgl. dazu auch unten S.139 ff. über die Freiheit des Richters bei der Beweiswertbeurteilung von Gutachten.

201) KMR § 81 Anm.1b.

Die Befugnisse, die sich für den leitenden Anstaltsarzt bei der Durchführung der Untersuchung ergeben, umschreibt das Gesetz mit dem Wort "beobachten". Mit diesem Wortlaut wäre es unvereinbar, wollte man annehmen, daß die Anordnung der Anstaltsbeobachtung nach § 81 StPO dem Sachverständigen bereits gleichzeitig die Befugnis zu Maßnahmen nach § 81 a StPO gäbe. In einer klaren und gut begründeten Entscheidung hat der BUNDESGERICHTSHOF die Verschiedenheit der in § 81 StPO einerseits, § 81 a StPO andererseits geregelten Zwangsmaßnahmen, insbesondere vom betroffenen, grundgesetzlich geschützten Rechtsgut (Unverletzlichkeit der persönlichen Freiheit - körperliche Unversehrtheit) her, verdeutlicht.²⁰²⁾ Auch sonst wird in der Strafprozeßliteratur allgemein die Auffassung vertreten, daß die Maßnahmen nach § 81 a StPO auch bei laufender Anstaltsbeobachtung besonders durch "das Gericht" (§ 81 I 1 StPO) angeordnet werden müssen.²⁰³⁾ "Das Gericht", das die Anordnungen nach § 81 StPO zu treffen hat, darf auch die Funktion des "Richters" nach § 81 a wahrnehmen. Der Schluß a minore ad maius ist unabweislich.²⁰⁴⁾

Eine besondere Problematik, die das Verhältnis des § 81 zu § 81 a StPO betrifft, liegt noch darin, daß häufig die körperlichen Eingriffe und Untersuchungen nach § 81 a StPO nur unter mehrtägiger Aufnahme in eine geschlossene Krankenstation erfolgen können. LÖFFLER hält eine so vorgenommene Untersuchung noch für einen unter § 81 a StPO fallenden Eingriff, der dementsprechend durch "den

202) BGH St 8,144 (147) = NJW 55,1766 = JR 56,68 mit zustimmender Anmerkung von Eb.SCHMIDT.

203) So KMR § 81 Anm.1a; SCHMIDT II, § 81 Anm.25; ERBS, § 81 a Anm.5, S.68.

204) SCHMIDT II, § 81 a Nr.15.

Richter" angeordnet werden könne.²⁰⁵⁾ Dem widersprechen andere Autoren mit Recht.²⁰⁶⁾ Dem Wortlaut nach hat § 81 a StPO nur solche Eingriffe im Auge, die ohne eine über die Dauer des Eingriffs hinausgehende zeitliche und örtliche Beanspruchung des Betroffenen zu vollziehen sind.²⁰⁷⁾ Grundrechtsbeschränkende Normen sind aber wortlautgemäß und eng auszulegen, soll nicht die Schutzwirkung des Grundgesetzes gefährdet werden. Mit Recht nimmt deshalb der BUNDESGERICHTSHOF²⁰⁸⁾ an, daß nur § 81 StPO in das Grundrecht der persönlichen Freiheit eingreift, während § 81 a StPO eine Schranke für das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit schafft. - Ist also zur Durchführung von Maßnahmen nach § 81 a StPO eine Aufnahme in eine geschlossene Krankenanstalt erforderlich, hat "das Gericht" die Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt gem. § 81 StPO vorzunehmen und gleichzeitig die beabsichtigten Maßnahmen nach § 81 a StPO anzuordnen. Daß "das Gericht" auch dazu befugt ist, war oben ausgeführt.²⁰⁹⁾

2. Die besondere Situation des ärztlichen Gutachters

Eine interessante Problematik um die Grenzen der Wahrheitsermittlung durch Prozeßsachverständige ergibt sich aus der Arzteigenschaft eines Gutachters. Ärzte wirken in Strafprozessen - wie schon in den vorausgegangenen Ausführungen gezeigt - häufig mit, so daß der Problematik allgemeine Bedeutung zukommt. Verschiedene Fragen

205) LÖFFLER, NJW 1951, 821 (823).

206) SCHMIDT II, § 81 a Nr. 15; KMR § 81 a Anm. 1c.

207) SCHMIDT II, a.a.O.

208) BGH a.a.O.

209) Vergl. S. 65 und Fußn. 204.

können akut werden:

- (1.) In welchem Umfang besteht eine ärztliche Schweigepflicht des zum Prozeßsachverständigen bestellten Arztes (§ 300 StGB)?
- (2.) Wie steht es mit einem prozessualen Schweigerecht (§§ 76, 53 I 3 StPO)?
- (3.) Wie soll sich das Verhältnis zwischen dem medizinischen Gutachter und dem Exploranden gestalten; muß der Sachverständige auf seine Stellung als richterlicher Gehilfe hinweisen?
- (4.) Wie steht es mit der prozessualen Verwertbarkeit von Gutachteraussagen, die unter Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht erfolgt sind?

a) Schweigepflicht und Schweigerecht des medizinischen Sachverständigen

"Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Arzt ... anvertraut worden oder bekannt geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten und mit einer Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft" (§ 300 StGB). -

Daß die Tatsachenoffenbarung eines ärztlichen Gutachters vor Gericht in einem nicht unerheblichen Umfang von der Strafdrohung dieser Bestimmung ausgenommen sein muß, steht fest, anderenfalls wäre der Arzt von jeder Mitwirkung im Verfahren als Sachverständiger von vornherein ausgeschlossen. Die Frage ist nur, wo die Grenze verläuft, jenseits der die "Geheimnisoffenbarung" an die

Rechtspflegeorgane "unbefugt" ist.

Die richtige Antwort ergibt sich, wenn man sich die ratio der ärztlichen Schweigepflicht vor Augen führt:

Der Arzt ist eine Person, die kraft Berufes dazu bestimmt ist, geheime und vertrauliche Dinge zu erfahren.²¹⁰⁾ Ein unbedingtes Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient ist bei jeder ernsteren Erkrankung die unerläßliche Voraussetzung einer richtigen Diagnose und wirksamen Behandlung. Der Patient vertraut dem Arzt oft Dinge an, die er seinen nächsten Angehörigen oder dem Ehegatten verschweigt. Die Tätigkeit des Arztes bei der Behandlung eines Patienten bringt stets ein weitgehendes Eindringen in die Intimsphäre der behandelten Person mit sich, mag der Patient dem Arzt ausdrücklich Tatsachen anvertrauen oder dieser sie anlässlich eines Besuches am Krankenbett oder bei einer Untersuchung durch zielgerichtetes Feststellungsbemühen oder nebenbei, aber noch in Zusammenhang mit seiner ärztlichen Tätigkeit, ermitteln.

Die Beziehung zwischen Arzt und Patient wird also stets durch das bestehende Vertrauensverhältnis gekennzeichnet. Dieses zu schützen, sind Aufgabe und Zweck des § 300 StGB. Grundsätzlich anders gestaltet sich r e g e l m ä ß i g die Beziehung zwischen dem gerichtlich beauftragten Prozeßsachverständigen und dem zu untersuchenden Beschuldigten oder Zeugen. Hier fehlt es zumeist an dem in § 300 StGB (§ 13 der früheren RAO) allein gemeinten "Verhältnis des Arztes zum hilfesuchenden Kranken".²¹¹⁾ Der Sachverständige tritt dem Beschuldigten oder Zeugen n i c h t

210) FLOR, JR 53,368 1.

211) Eb.SCHMIDT, Arzt, S.32/3. In diesem Sinne auch RG St 57,63 (66); OGHSt 3,61 (63); TILLMANN in LOEWE-ROSENBERG, § 53 Anm.13 b; FLOR, JR 53,369 1.

als behandelnde V e r t r a u e n s p e r s o n , sondern als Beauftragter des Gerichts entgegen, so daß inso-
weit ein strafbarer Geheimnisbruch nicht in Frage kommt.²¹²⁾
Dieser Satz kann allerdings - so richtig er für den Re-
gelfall ist - keine absolute Geltung beanspruchen. Es
gibt medizinische Begutachtungsfälle, in denen eine er-
folgreiche Gutachtererstattung nur möglich ist, wenn der
Sachverständige ein gewisses Vertrauensverhältnis zu der
zu untersuchenden Person herstellt.²¹³⁾ Diese Notwendig-
keit ergibt sich z.B. für die Untersuchung eines Beschul-
digten auf seinen Geisteszustand. Hier gewinnt der Gut-
achter nur dann ein zutreffendes Bild, wenn sich der Unter-
suchte ungezwungen und seelisch gelöst gibt, weil er
dem Arzt vertraut. Inwieweit im Rahmen des Verhältnisses
zwischen gerichtlich beauftragtem Psychiater und Beschul-
digtem die Weitergabe von Informationen an das Gericht
eine "unbefugte Geheimnisoffenbarung" i.S.v. § 300 StGB
ist, ist eine schwierige Wertungsfrage. Das Bemühen des
Psychiaters, den Exploranden seines Verständnisses zu
versichern, um ihn zu freien, seiner Psyche gemäßen Re-
aktionen und Äußerungen zu veranlassen, kann zur Folge
haben, daß dieser die prozessuale Rolle des Sachverstän-
digen erkennt und in ihm in erster Linie den Arzt und
nicht den Gehilfen des Gerichts sieht.²¹⁴⁾ Macht der Be-
schuldigte, in diesem Irrtum befangen, gegenüber dem
Gutachter belastende Äußerungen zum Tatgeschehen, nach-
dem er bei Vernehmungen vor den Strafverfolgungsorganen
bisher die Tat geleugnet hatte, so muß man diese Mittei-
lungen als i.S.v. § 300 StGB anvertraut ansehen. Die Mit-
teilungen sind vom Beschuldigten erkennbar mit dem Willen

212) RGSt 61,384 (385); vgl. auch RGSt 66,273 (275).

213) Darauf verweist mit Recht KMR § 76 Anm.5.

214) Auf die Gefahr eines solchen Irrtums weist KOGGE,
JR 1950,204 1 hin.

und unter dem stillschweigenden Vorbehalt gemacht worden, daß der Gutachter sie nicht an die Strafverfolgungsorgane zum Zwecke der Überführung des Beschuldigten weitergibt.²¹⁵⁾ Will der Gutachter das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses neben dem Gutachter-Exploranden-Verhältnis vermeiden, so muß er den Exploranden auf seine Richtergehilfenstellung ausdrücklich hinweisen.²¹⁶⁾ Ausführungen zum eigentlichen Tatvorgang stehen überdies regelmäßig nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Gutachtenthema, sind also keine Gutachten Grundlagen, die allein schon zum Verständnis des Gutachtens den Strafverfolgungsorganen offenbart werden müßten. Es besteht daher insoweit meist gar kein Auftrag des Gerichts zur Tatsachenfeststellung und Mitteilung, so daß der Gutachter hinsichtlich solcher Tatsachenkenntnisse wie ein Privatarzt gestellt ist, der darüber zu befinden hat, ob er diese außerhalb des Gutachtenauftrags erfahrenen Tatsachen als Zeuge offenbaren darf, oder ob er von dem ihm gesetzlich zugestandenem Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 StGB Gebrauch machen soll.²¹⁷⁾

Gleiches gilt für außerhalb des Gutachtenauftrags gemachte Wahrnehmungen des Sachverständigen, so etwa, wenn der mit der Untersuchung eines mutmaßlichen Mörders auf seinen Geisteszustand betraute Psychiater an der Kleidung des die Tat leugnenden Exploranden Blut entdeckt. Hier ist die Tatsache nicht

215) Daß neben dem Gutachter-Exploranden-Verhältnis ein "Vertrauensverhältnis" nach § 300 StGB bestehen kann, hat schon das REICHSGERICHT anerkannt (RGSt 61,385); vgl. weiterhin KMR § 53 Anm.6 Nr.3 c; SCHMIDT II, § 53 Nr.16.

216) SCHMIDT, Arzt, S.33.

217) Vgl. SCHMIDT in PONSOLD, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, S.31.

"anvertraut", aber doch in Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit "bekannt" geworden. Der Arzt, der auf Grund seiner hippokratischen Aufgaben der zu begutachtenden Person zugleich als Arzt und als Sachverständiger gegenübertritt²¹⁸⁾, darf nicht daran gehindert werden, alle Geheimnisse, die er anlässlich der Gutachtenerarbeitung erfährt, unter Berufung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht insoweit zu wahren, als ihre Kenntnis für die Erstattung des Gutachtens nicht unbedingt notwendig ist.²¹⁹⁾ Seine Geheimhaltungspflicht verletzt natürlich erst recht der Gutachter, der in bewußter Überschreitung des Gutachtenauftrags Tatsachenfeststellungen unternimmt und an das Gericht weitergibt. -

Der Gutachter darf außerhalb des Gutachtenauftrags ermittelte Tatsachen, die den Tathergang betreffen, gegen den Willen des Beschuldigten grundsätzlich nicht dem Gericht mitteilen, es sei denn, daß überwiegende Interessen eine Offenbarung befugt erscheinen lassen. Es ist allgemein anerkannt, daß unter Vornahme einer Güterabwägung eine Offenbarung anvertrauter Tatsachen nur dann befugt ist, wenn Interessen oder Pflichten zur Offenbarung drängen, die dem Geheiminteresse des berechtigten²²⁰⁾ Geheimnisträgers vorgehen oder zumindest gleichstehen. Das prozessuale Interesse an der Sachaufklärung kann für sich allein noch nicht als höherwertiges Rechtsgut angesehen werden. Aus der Tatsache, daß die Strafprozeßordnung dem Arzt nur ein Zeugnisverweigerungsrecht gibt, aber keine prozessuale Zeugnisverweigerungspflicht normiert (§§ 53 I 3, 76 I StPO), kann keinesfalls gefolgert

218) KMR § 76 Anm.5.

219) Zutreffend KMR a.a.O.

220) JAGUSCH in LK, § 300 Nr.5; SCHMIDT in PONSOLD, Lehrb.d.gerichtl.Med., S.30; TILLMANN in LOEWE-ROSENBERG, § 53 Anm.13; BGHSt 1,366 (368).

werden, daß jede Geheimnisoffenbarung, die ein Arzt als Zeuge oder Sachverständiger im Dienste der prozessualen Ermittlungen macht, von der Strafdrohung des § 300 StGB ausgenommen sein soll, wie in der älteren Prozeßrechtsliteratur zumeist angenommen wurde.²²¹⁾ Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 StPO besteht ja gerade, damit der Arzt oder ein anderer Angehöriger eines "Vertrauensberufes"²²²⁾ den Interessen des Vertrauensschutzes als Grundlage einer wirksamen Berufstätigkeit dieser Berufe entsprechen kann.²²³⁾

Höherwertig ist das Interesse der Strafverfolgungsorgane an der Aufklärung einer Strafsache gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des Beschuldigten, wenn es sich um ein schwerwiegendes Verbrechen handelt, dessen Nichtaufklärung einen erheblichen Nachteil für die Rechtspflege bedeuten würde. Es wäre für diesen Fall nicht zu beanstanden, wenn der Arzt nach Wertabwägung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch machte und die Konfliktsituation durch Mitteilung an das Gericht lösen würde.²²⁴⁾ Nicht gerechtfertigt wäre die Tatsachenweitergabe hingegen, wenn ein Arzt anläßlich einer Blutentnahme an einem in einen Verkehrsunfall verwickelten Kraftfahrer dessen Erkrankung an Epilepsie feststellt.²²⁵⁾ Es muß bei der Rechtsgütervergleichung berücksichtigt werden, daß § 300 StGB nicht nur das Individualinteresse an

221) Vgl. FRANK, § 300 III 2 c ; GERLAND, S.544. - Heute wird diese Auffassung allgemein abgelehnt; vgl. SCHMIDT, Arzt, S.57; SCHMIDT II, § 53 Nr.25; KOHLHAAS, GA 58,72; TILLMANN in LOEWE-ROSENBERG, § 53 Anm.13.

222) JAGUSCH in LK, § 300 Anm.5.

223) So richtig JAGUSCH, a.a.O.

224) Vgl. SCHMIDT in PONSOLD, Lehrb.d.gerichtl.Med., S.31, Fußn.4; JAGUSCH in LK, § 300 Anm.6: "Das öffentliche Strafinteresse steigt mit der Schwere der Tat, in diesem Maße tritt das weiterhin gewichtige Vertrauensinteresse zurück."

225) Ebenso WOESNER, NJW 57,694; bedenklich OLG München, MDR 56,565 mit ablehnender Stellungnahme von MITTELBACH.

Geheimhaltung, sondern auch ein wichtiges Allgemein²²⁶⁾teresse schützen will, nämlich die Volksgesundheit. Muß der Einzelne mit weitgehender Geheimnisoffenbarung seitens des Arztes rechnen, so wird er leicht veranlaßt, die Konsultierung des Arztes zu unterlassen, und gefährdet so seine Gesundheit und unausbleiblich auch die Gesundheit der Allgemeinheit. Eine andere Beurteilung kann sich für den Fall der zufälligen Feststellung der Epilepsie eines Kraftfahrers aber ergeben, wenn die Krankheit erkennbar so weit fortgeschritten ist, daß ein alsbaldiges Versagen im Straßenverkehr mit der möglichen Folge schwerer Schadensverursachung so gut wie sicher ist. Hier kann eine Befugnis zur Geheimnisoffenbarung gegeben sein, sofern der Kranke nicht veranlaßt werden kann, aus eigener Einsicht das Führen eines Kraftfahrzeugs zu unterlassen. Allgemeingültige Regeln, wann ein Geheimnisbruch einerseits, eine Geheimhaltung unter Berufung auf das Zeugnisverweigerungsrecht andererseits gerechtfertigt sind, lassen sich nicht geben, denn Ge²²⁷⁾wissensentscheidungen entziehen sich jeder Normierung. Es kommt, das ist sehr entscheidend, nicht nur auf die äußeren Umstände an, sondern auch auf die persönliche Haltung der Beteiligten. Wenn auch alle Ärzte der gleichen Schweigepflicht unterliegen, in der Entscheidung, wann eine andere sittliche Pflicht überwiegt und zum Reden zwingt, steht jeder allein.²²⁸⁾

Zur Klarstellung ist noch zu betonen, daß die Geheimhaltungspflicht des ärztlichen Gutachters bzw. sein Zeugnisverweigerungsrecht auch durch M i t t e i l u n g
D r i t t e r begründet werden kann. Befragt der ärztliche Sachverständige zur Vorbereitung seines Gutachtens

226) MITTELBACH, a.a.O., 566 r. Vgl. auch FLOR, JR 53,368.

227) FLOR, JR 53,370 l.

228) FLOR, a.a.O.

Zeugen, z.B. die Angehörigen des Beschuldigten, und machen diese Angaben zum Tatgeschehen, so ist entsprechend den entwickelten Grundsätzen darin ein "Anvertrauen eines Geheimnisses" im Sinne von § 300 StGB zu sehen, wenn entweder die Befragung zum Tatgeschehen außerhalb des gerichtlichen Auftrags geschah, oder zwar innerhalb des Auftrags, aber den Befragten die Sachverständigenzweckfunktion des Arztes als eines Richtergehilfen nicht erkennbar war und die belastenden Aussagen bei rechter Erkenntnis der Umstände nicht erfolgt wären. Will der Gutachter, was insbesondere bei der Befragung von Angehörigen bedeutsam wird, das Entstehen eines ärztlichen Vertrauensverhältnisses vermeiden, so erscheint auch hier ein Hinweis auf seine Sachverständigenaufgabe zweckmäßig und angebracht, der für die Befragten unmißverständlich klarlegt, daß der Arzt die im Rahmen des Gutachtenauftrags erfragten Tatsachen an das Gericht mitteilen wird.

Die Befragung von Dritten unmittelbar durch den ärztlichen Sachverständigen ist aus zwei Gründen nicht frei von Bedenken:

1. besteht die naheliegende Gefahr der Verletzung von Zeugnisverweigerungsrechten, da insbesondere die Befragung von Angehörigen der in § 52 StPO bezeichneten Verwandtschaftsgrade in Frage kommt.
2. verleitet das Verfahren zur Erhebung mittelbaren Beweises (wenn sich das Gericht über den Tatsachenstoff nicht unmittelbar über die Anhörung der Zeugen, sondern durch das Referat des Sachverständigen über deren Bekundungen unterrichtet).

Der Gefahr der Verletzung von Zeugnisverweigerungsrechten durch Sachverständigenbefragung von Angehörigen ist der BUNDESGERICHTSHOF in zwei erfreulich konsequenten Entscheidungen entgegengetreten. Aus der Richtergehilfeneigenschaft des Sachverständigen wird gefolgert, daß die Angaben vor dem Sachverständigen in gewissem Umfang wie Aussagen vor Gericht zu behandeln seien und daß sich daraus das Erfordernis der *r i c h t e r l i c h e n B e l e h r u n g* gem. § 52 II StPO ergebe.²²⁹⁾ Richterliche Belehrung, nicht statt dessen Belehrung durch den Sachverständigen hält der BGH deshalb für erforderlich, weil eine prozeßordnungsgemäße klare Beschreibung der für die in § 52 StPO bezeichneten Zeugen bestehenden Konfliktsituation, eine Verdeutlichung ihres Zeugnisverweigerungsrechtes und der Tragweite ihres Handelns unbedingt gewährleistet sein müsse.²³⁰⁾ Diesen überzeugenden Ausführungen ist nichts hinzuzufügen.

Die Gleichstellung der Befragung von Dritten durch Sachverständige mit der Zeugenaussage vor dem Richter darf aber nicht etwa so weit gehen, daß man die Befragung durch Sachverständige bereits als prozeßordnungsgemäße ("quasi-richterliche") Beweisaufnahme oder Beweis-sicherung ansieht.²³¹⁾ Die prozessuale Beweisaufnahme ist ausschließlich Sache des Richters; der Sachverständige kann den Richter in dieser Funktion nicht vertreten. Erst mit der Vernehmung des Sachverständigen oder der befragten Dritten *d u r c h d e n R i c h t e r* ist "Beweis erhoben". Die hier bestehende Kompetenzver-

229) BGHSt 11,97 (100).

230) BGHSt 9,195 (197).

231) Vgl. BGHSt 13,1 (4).

teilung und die prozessualen Beweiserfordernisse (Unmittelbarkeitsgrundsatz!) hinsichtlich solcher von Dritten dem Sachverständigen in informatorischen Gesprächen mitgeteilten Tatsachen sind im Kapitel über die Zusammenarbeit zwischen Richter und Gutachter ausführlich behandelt.²³²⁾

- b) Die prozessuale Verwertbarkeit von Aussagen, die die Schweigepflicht oder das Schweigerecht des Arztes verletzen

Entschließt sich der medizinische Gutachter, dem Gericht Tatsachen preiszugeben, die ihm außerhalb des Gutachterauftrags bekanntgeworden sind, seien diese Tatsachen vom Beschuldigten anvertraut, anlässlich der Untersuchungen zufällig entdeckt oder in bewußter oder auf Irrtum beruhender Überschreitung des gerichtlichen Auftrags festgestellt und ist die Preisgabe nicht durch ein höher zu veranschlagendes Interesse gerechtfertigt, so wird die Frage nach der prozessualen Verwertbarkeit solcher unter **V e r l e t z u n g d e r ä r z t l i c h e n S c h w e i g e p f l i c h t** erfolgender Aussagen akut. Die klare gesetzliche Regelung kann hier keine Zweifel offenlassen. Die StPO hat dem in § 53 StPO bezeichneten Personenkreis ein Zeugnisverweigerungs **r e c h t** gegeben, das auf ihre aus dem materiellen Strafrecht stammende Verpflichtung zur Geheimhaltung Rücksicht nimmt, nicht aber gleichzeitig eine Zeugnisverweigerungs-**p f l i c h t** normiert.²³³⁾ Entschließt sich die Aussageperson daher, von diesem prozessualen Recht der

232) S.139 ff. (169ff., 177 ff.).

233) RGSt 71,21; BGHSt 9,60 (61).

Zeugnisverweigerung keinen Gebrauch zu machen, so ist die Aussage grundsätzlich in vollem Umfange verwertbar.²³⁴⁾ Die materielle Rechtswidrigkeit der Offenbarung hat nicht die prozessuale Unzulässigkeit oder Unverwertbarkeit der Aussage zur Folge.²³⁵⁾ Die Unverwertbarkeit der Aussage kann sich aber in besonderen Fällen aus § 136 a III StPO ergeben, wenn der Sachverständige den Exploranden über seine Richtergehilfenstellung bewußt getäuscht hat. Eine Täuschung im Sinne der Bestimmung liegt aber nicht schon dann vor, wenn es der Sachverständige ohne positive Vorspiegelung falscher Tatsachen lediglich unterläßt, den Beschuldigten aus seinem Irrtum herauszuführen. Dazu besteht für ihn keine rechtliche Verpflichtung.²³⁶⁾

Voraussetzung für die prozessuale Verwertbarkeit ist aber, daß die Entscheidung des Arztes zur Aussage das Ergebnis einer vollkommen frei gefaßten Entschliebung ist.²³⁷⁾ Man wird Eb.SCHMIDT darin folgen müssen, daß bei der Beurteilung der Freiheit des Aussageentschlusses strenge Maßstäbe anzulegen sind.²³⁸⁾ Die Strafprozeßordnung hat mit Recht die Entschliebung über das Aussageverweigerungsrecht der in § 53 StPO genannten Personen ganz in deren pflichtgemäßes Ermessen gestellt, weil die Frage der materiellrechtlichen Berechtigung der Geheimnisoffenbarung stark von berufsethischen Wertungen

234) Vgl. die in FuBn.233 angeführten Gerichtsentscheidungen; ferner SCHMIDT, Arzt, S.59; KMR § 53 Anm.8.

235) KMR § 53 Anm.4.

236) Vgl. dazu KMR § 136 a Anm.3d; TILLMANN in LOEWER-ROSENBERG, § 136 a Anm.9 c; SCHWARZ, § 136 a Anm.1 e.

237) SCHMIDT, Arzt, S.59 und SCHMIDT II, § 53 Nr.26; KMR § 53 Anm.5.

238) Vgl. a.a.O.

abhängt, die diese berufsethisch gebundenen Aussagepersonen weit besser treffen können als das Gericht.²³⁹⁾ Erfolgt eine gerichtliche Belehrung dieser Aussagepersonen über ihr Zeugnisverweigerungsrecht, die man wegen des Fehlens einer dem § 52 II oder § 55 II StPO entsprechenden Vorschrift nicht für grundsätzlich ausgeschlossen halten kann, die vielmehr aus § 244 II StPO geradezu geboten sein kann²⁴⁰⁾, so ist sorgfältig zu prüfen, ob die Belehrung so erfolgt ist, daß sie dem Zeugnisverweigerungsberechtigten die volle Willensfreiheit bei der Entschließung beläßt.²⁴¹⁾ Ohne Einflußnahme auf den Entschluß ist die Belehrung aber nur dann, wenn der Richter lediglich darauf hinweist, daß die Aussageperson allein nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden habe.²⁴²⁾ Ist hingegen die Belehrung so gehalten, daß sie in dem Arzt den Eindruck eines bestehenden Zeugnisverweigerungsrechts erwecken kann oder umgekehrt so, daß sie sich als Verneinung des Zeugnisverweigerungsrechts darstellt, so ist eine erfolgte Einflußnahme auf die Entscheidung wahrscheinlich und die Belehrung damit prozeßordnungswidrig, gleichviel, ob die Belehrung der gegebenen Tatsachen- und Rechtslage entspricht oder nicht.²⁴³⁾ Diese Gesichtspunkte verkennt die bedenkliche reichsgerichtliche Rechtsprechung.²⁴⁴⁾

239) SCHMIDT, a.a.O.

240) Richtig KMR § 53 Anm.5.

241) SCHMIDT II, § 53 Nr.26.

242) SCHMIDT II, a.a.O.; in diesem Umfang hält S. eine Belehrung für zulässig und nicht prozeßordnungswidrig; vgl. auch SCHMIDT, Arzt, S.60; KMR, a.a.O., mißversteht SCHMIDT, wenn er aus der Zitatstelle eine grundsätzliche Ablehnung jeglicher Belehrung herausliest.

243) SCHMIDT, Arzt, S.60,61.

244) RGSt 48,269/57,63/66,273/71,21. Gegen diese Entscheidungen Eb.SCHMIDT, Arzt, S.60 ff.

III. Die Vermittlung des Sachverständigenwissens an die Prozeßbeteiligten

Ein Sachverständiger, der die im vorausgehenden Abschnitt aufgezeigten Unzulänglichkeiten erfolgreich zu vermeiden weiß, garantiert noch nicht eine vollkommene, den Prozeßzwecken förderliche Gutachtenerstattung. Auch ein Fachmann, der über ein umfassendes Spezialwissen verfügt und dieses auch zur logischen Ableitung und Gewinnung von Erkenntnissen vollendet anzuwenden weiß, ist nur ein unzulänglicher oder gar unbrauchbarer Prozeßsachverständiger, wenn er nicht versteht, den anderen Prozeßbeteiligten, insbesondere den zur Beweisbewertung und Urteilsfällung aufgerufenen Richtern einschließlich der Laienrichter, zuverlässig die Kenntnisse zu vermitteln, die sie zu einer für Laien größtmöglichen, geistigen Durchdringung des Gutachtenthemas benötigen. In Rechtsprechung und Lehre ist man sich heute darin einig, daß der Sachverständige seiner Verfahrensaufgabe nicht gerecht wird, wenn er sich bei der Gutachtenerstattung lediglich um die eigene, sei es auch noch so sorgfältig erarbeitete Erkenntnis bemüht, im übrigen aber darauf vertraut, daß der Richter sich auf die Autorität eines anerkannten Fachmannes verläßt und dessen Erkenntnis und Überzeugung als "von einem Laien unbezweifelbar" übernimmt.²⁴⁵⁾ Unzureichender Einblick in das Wesen des Strafprozesses, insbesondere in die Stellung und Aufgaben eines im Rechtsstaat notwendigerweise u n a b h ä n g i g e n Rich-

245) Zur Aufgabenverteilung zwischen dem Richter und dem Sachverständigen vgl. die grundlegenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, BGHSt 8, 113 ff. und BGHSt 7, 238 ff.; MEZGER, S. 127, 134; KMR § 261 Nr. 3; - eingehend mit weiteren Literaturnachweisen unten S. 139 ff.

tertums²⁴⁶⁾, wie auch Eitelkeit und Überheblichkeit des einzelnen Sachverständigen²⁴⁷⁾ können die Gründe einer solchen Fehlauffassung sein.

Insbesondere wird die Unabhängigkeit des Richters von den Auffassungen und Überzeugungen des Sachverständigen in Gutachterkreisen immer wieder verkannt. Bezeichnend für diesen weitverbreiteten Irrtum sind die Ausführungen eines Gutachters, die der BUNDESGERICHTSHOF als besonders instruktives Beispiel einer Fehlauffassung eines Sachverständigen wörtlich in sein Urteil BGHSt 8,113 ff. übernommen hat:

"Wäre J. nicht die psychopatische Persönlichkeit, die er ist, handelte es sich lediglich um eine normale Affektsteigerung d a n n w ü r d e m a n mit Hoche die B e u r t e i l u n g lediglich dem erkennenden G e r i c h t ü b e r l a s s e n d ü r f e n . Hier aber sind alle Voraussetzungen gegeben, um die psychiatrisch-psychologische Beurteilung mitsprechen zu lassen, auch wenn sie nicht zu einem völlig klaren Ergebnis kommen kann." -

In den Gründen des Urteils wird dieser Sachverständige zu Recht in die Schranken gewiesen. Es ist keineswegs Sache des Gutachters, darüber zu befinden, in welchem Umfang das Gericht eine eigene Beurteilung der Fachfragen ohne Mitwirkung des Sachverständigen oder in Abweichung von der gutachtlichen Stellungnahme unternimmt. Die Strafverfahrensordnung hat auch diese Fragen grundsätzlich in das f r e i e , p f l i c h t g e m ä ß e E r m e s s e n eines u n a b h ä n g i g e n

246) Art.92, 97 GG; vgl. HAMANN, Art.92 A/B u. Art.97 C.

247) Über das Erfordernis der B e s c h e i d e n - h e i t als Voraussetzung erfolgreicher Gutachten-erstattung näher GRASSBERGER, S.259,260.

R i c h t e r s gestellt.

Über eine ähnliche Fehlauffassung eines Sachverständigen berichtet PETERS²⁴⁸⁾:

In einem Abtreibungsprozeß gegen einen in gutem Ruf stehenden Arzt ging es um die Frage, ob nach der vom Angeklagten und der Frau beschriebenen Beschaffenheit der Leibesfrucht anzunehmen war, daß der Abgang einer lebenden oder einer bereits toten Frucht erfolgte. Der Sachverständige hatte sein Gutachten vom Akteninhalt ausgehend erstattet. In der Hauptverhandlung gaben der Angeklagte und die Frau eine andere Sachdarstellung als bei der polizeilichen Vernehmung. Da Anhaltspunkte dafür auftauchten, daß die Einlassungen vor der Polizei mit nicht einwandfreien Methoden herbeigeführt wurden, beantragte der Staatsanwalt unter Berücksichtigung der sich aus der unwiderlegten neuen Sachdarstellung ergebenden Beweislage Freispruch, auf den das Gericht erkannte. Der Sachverständige äußerte ärgerlich: "Wenn Sie dem Angeklagten alles glauben, brauche ich erst gar nicht zu kommen!" - Dieser Sachverständige verkennt, wie im vorausgegangenen Fall, daß es ausschließlich Sache des Richters ist, abzuwägen, ob eine sichere Feststellung frei von konkreten Zweifeln nach dem Ergebnis von Hauptverhandlung und Beweisaufnahme getroffen werden kann.

Eitelkeit und Überheblichkeit von Sachverständigen stehen zuweilen im umgekehrten Verhältnis zu ihren Leistungen und ihrem Wissen. HIRSCHBERG²⁴⁹⁾ berichtet von einem Schriftsachverständigen, der mit solcher Leichtfertigkeit falsche Gutachten über Schriftvergleichung anfertigte, daß schließlich der Justizminister Anlaß sah, im Landtag zu erklären, die Gerichte sollten diesen Mann

248) PETERS, § 43 XI, S.288.

249) HIRSCHBERG, Fehlurteil, S.56.

nicht mehr zulassen. - In seiner eigenen anwaltlichen Tätigkeit hatte HIRSCHBERG²⁵⁰⁾ Gelegenheit, sich von der Unfähigkeit dieses Sachverständigen zu überzeugen und dessen unglaubliche Leichtfertigkeit kennenzulernen, mit der dieser seine Schlüsse zog:

H. wurde von einer adeligen Dame aufgesucht, die in einem kleinen Ort bei München mit ihren Töchtern lebte. Seit Monaten waren ihr Briefe unflätigsten Inhalts zugegangen. Die Dame hatte die Briefe selbst der Polizei übergeben, die sie an diesen "Schriftsachverständigen" zur Begutachtung weitergab. Nach durchgeführter Untersuchung erklärte er mit größter Entschiedenheit, die Dame habe diese Briefe selbst an sich geschrieben. Die Handschriften seien absolut identisch. Darauf wurde Anklage erhoben. In der Hauptverhandlung wich der Sachverständige vor den Fragen der Verteidigung zurück und erklärte, e n t w e d e r die Dame o d e r eine ihrer Töchter habe die Briefe geschrieben. Nun war das Gericht über Wissen und Fähigkeit dieses "Sachverständigen" im Klaren und sprach die Dame frei. Die Bauernburschen, die vermutlich die Briefe geschrieben hatten, saßen bei der Verhandlung im Zuschauerraum und hätten sich über eine Verurteilung der Dame sehr belustigt. Eine gewisse Einseitigkeit und ein Mangel an selbstkritischer Einschätzung der eigenen Fähigkeiten und des eigenen Wissens scheinen auch die Gutachterarbeit des Hauptsachverständigen im ersten Rohrbach-Prozeß zu kennzeichnen. Zur Unzulänglichkeit dieses Gutachters ist an anderer Stelle ausführlich Stellung genommen.²⁵¹⁾

Nicht immer ist auf der anderen Seite der Grund für eine unzulängliche Erfüllung der dem Sachverständigen zugewiesenen Mittlerfunktion in diesem falschen Verhalten

250) Vgl. a.a.O., Fall 18.

251) S. 147 ff.

zu suchen. Auch von seiten der anderen Prozeßbeteiligten werden einer erfolgreichen mustergültigen Gutachtererstattung bewußt oder unbewußt Widerstände entgegengesetzt. Besonders verhängnisvoll ist es, wenn der Richter eine falsche Einstellung zum Sachverständigen bezieht. Das kann einmal geschehen, indem er - hier sei zur Herausstellung der grundsätzlichen Gesichtspunkte zunächst eine Schwarz-Weißmalerei bevorzugt - entweder das vom Sachverständigen gewonnene Ergebnis ohne geistige Auseinandersetzung und Beziehung eines eigenen Standpunkts übernimmt, obwohl der Gutachter in richtiger Erkenntnis der eigenen Aufgabe durch gemeinverständliche Ausführungen und den Versuch einer konstruktiven Denkanleitung zur kritischen Prüfung Gelegenheit bot, zum anderen, indem er die ihm zukommende Stellung als unabhängiges Rechtspflegeorgan²⁵²⁾ durch eine übermäßige "Bevormundung" des Sachverständigen zu behaupten sucht.

Um die Möglichkeiten richterlichen Fehlverhaltens und die zu vermeidenden Unzulänglichkeiten in der Zusammenarbeit zwischen dem Richter und dem Gutachter, ihre Folgen und ihre Gründe aufzeigen zu können, bedarf es einer eingehenden Untersuchung der rechtlichen und psychologischen Situation, in der sich der Sachverständige im Strafverfahren befindet. - Über den Umfang einer solchen Untersuchung kann nach den Ausführungen zum Wesen des Strafprozesses²⁵³⁾ kein Zweifel bestehen. Läßt sich das Prozeßrechtsverhältnis als ein "Strahlenverhältnis" rechtlicher Beziehungen unter den Prozeßbeteiligten kennzeichnen²⁵⁴⁾, so erscheint es zur zuverlässigen Beantwortung der Frage nach der Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß, insbesondere auch der Frage nach der genauen Funktionsverteilung zwischen Gutachter und Richter, unerläßlich, das jeweilige

252) Art.97 GG.

253) oben S.27ff.

254) PETERS, § 16 I, S.80.

Verhältnis des Sachverständigen zu den verschiedenen Prozeßbeteiligten einer näheren Prüfung zu unterziehen. - Weil weiterhin der Prozeß als ein sich entwickelnder, in ständiger Bewegung befindlicher, dynamischer Vorgang erkannt war, drängt sich eine weitere Fragestellung auf, nämlich, inwieweit die Entwicklung des Prozesses durch die einzelnen Verfahrensstadien die Situation des Sachverständigen verändert.

DRITTER ABSCHNITT

Die Stellung des Sachverständigen im deutschen Strafprozeß

A. Die Einführung einer sachkundigen Person in den Prozeß als Sachverständiger

Die Einführung einer Aussageperson als Sachverständiger in den Prozeß erfolgt - wie oben gezeigt -²⁵⁵⁾ durch den in der Zulassung liegenden richterlichen Gutachtenauftrag, der die beigezogene Person mit konstitutiver Wirkung zum Prozeßsachverständigen macht. Andere Personen können diesen Akt der Einordnung nicht anstelle des Richters vollziehen, denn nur dieser kann letztlich entscheiden, wem er sein Vertrauen schenken will, bei wem er die ihm selbst fehlende Sachkunde zweckmäßigerweise sucht²⁵⁶⁾, wie er das Beweisthema umgrenzen, seine Schwerpunkte fixieren und die Zusammenarbeit mit seinem Erkenntnishelfer gestalten will. Das schließt andererseits aber nicht aus, daß andere Prozeßbeteiligte die richterliche Initiative zur Erteilung eines Gutachtenauftrags anregen oder gar erzwingen können.²⁵⁷⁾ Damit sind die Möglichkeiten einer Einführung sachkundiger Aussagepersonen als Prozeßsachverständige angedeutet. Sie kann auf Grund eines Beweis-
antrages²⁵⁸⁾, als präsente Beweis-

255) S.15.

256) SCHMIDT II, § 73 Nr.2.

257) Vgl. §§ 195 II, 200 I, 219, 220, 245 Satz 1 u.2 StPO.

258) Vgl. §§ 219, 244 III u. IV StPO.

mittel²⁵⁹⁾ und von Amts wegen erfolgen.²⁶⁰⁾

I. Die Einführung auf Grund eines Beweisantrags

Das Recht zur Stellung von Beweisanträgen gehört zu den wichtigsten, gesetzlich normierten Rechten der nicht-richterlichen Prozeßbeteiligten.²⁶¹⁾ Es steht dem Beschuldigten²⁶²⁾, dem Staatsanwalt²⁶³⁾, Verteidiger²⁶⁴⁾, Privatkläger²⁶⁵⁾ und dem Nebenkläger²⁶⁶⁾ zu.²⁶⁷⁾ Für den Beschuldigten ist der Beweisantrag ein Mittel, mit dem er den Richter zwingen kann, zu bestimmten, ihm bedeutsam erscheinenden Gesichtspunkten Stellung zu nehmen und von ihm für wichtig gehaltene Beweismittel nicht ungeprüft aus dem Prozeßstoff auszuschneiden.²⁶⁸⁾

259) Die Bereitstellung präsenter Beweismittel ist nicht lediglich eine Sonderart des Beweisantrages. Richtig ALSBERG/NÜSE, S.489.

260) Vgl. §§ 155 II, 244 II StPO.

261) GLASER, S.410, ALSBERG/NÜSE, S.16, bezeichnen es sogar als das wichtigste.

262) Vgl. §§ 166, 219 StPO.

263) Vgl. §§ 162, 200 I StPO.

264) Der Verteidiger hat gegenüber dem Beschuldigten ein selbständiges Beweisantragsrecht. PETERS, § 29 II, S.168; SCHMIDT II, § 244 Nr.21; BGH NJW 1953,1314 r.Sp.; Bayer.ObLG HEST 3, S.13 (15 a.E.).

265) §§ 384 I 1, 244, 245 StPO, allerdings mit erweitertem Ablehnungsrecht des Richters (§§ 384 II, 386 I StPO).

266) Das Beweisantragsrecht des Nebenklägers ist genau so ausgestaltet wie das des Privatklägers, § 397 StPO.

267) SCHMIDT II, § 244 Nr.20.

268) ALSBERG/NÜSE, S.16.

Die notwendigen Bestandteile eines Beweis-
antrags ergeben sich aus § 219 StPO. Ein wirksamer, vom
Richter zu beachtender Beweis Antrag liegt danach vor,
wenn die Willensäußerung eines Prozeßbeteiligten eine
bestimmte Tatsachenbehauptung enthält und erkennen läßt,
daß hierüber Beweis erhoben werden soll und weiterhin ein
bestimmtes Beweismittel angegeben ist.²⁶⁹⁾ Für den Sach-
verständigenbeweis Antrag genügt zur Substantiierung neben
der Angabe des bestimmten Beweisthemas das Begehren, zum
Beweis einen Sachverständigen des fraglichen Fach-
gebietes zu vernehmen. Angesichts der Fungibilität der
Sachverständigen erscheint es nicht erforderlich und
auch kaum durchführbar, daß der Antragsteller darüber
hinaus einen bestimmten Sachverständigen namentlich be-
zeichnet.

Sind damit die formellen Erfordernisse des Sachverständi-
genbeweis Antrages umrissen, fragt sich, wann ein sol-
cher Antrag erfolgreich sein kann, wann der Richter dem
Begehren des Antragstellers entsprechend zur Klärung
des Beweisthemas einen Gutachter in den Prozeß einfüh-
ren wird. - Die Voraussetzungen, unter denen in der
Hauptverhandlung gestellte Sachverständigenbeweis Anträ-
ge durch Gerichtsbeschuß²⁷⁰⁾ abgelehnt werden dürfen,
sind heute gesetzlich geregelt²⁷¹⁾, nachdem sich in
früheren Jahren eine umfangreiche Kasuistik zu dieser
Frage in der Rechtsprechung des Reichsgerichts gebildet
hatte.²⁷²⁾

269) Vgl. ALSBERG/NÜSE, S.6; KMR § 244 Anm.5a I; PETERS,
§ 38 III, S.241. Zur Abgrenzung von bloßen Beweis-
ermittlungsanträgen vgl. SCHMIDT II, Vorbem.23 vor
§ 244; PETERS, a.a.O.

270) § 244 VI StPO.

271) Die maßgeblichen Absätze 3 und 4 des § 244 StPO wur-
den durch das Vereinheitlichungsgesetz vom 12.Sep-
tember 1950, BGBl.IS.455 ff. (491/2) in die Straf-
prozeßordnung aufgenommen. Zur wechsellvollen Entste-
hungsgeschichte vgl. GEIER in LOEWE/ROSENBERG, § 244
Anm.2-4.

272) Eingehende Darstellung der Entwicklung mit umfangrei-
chen Literaturangaben bei ALSBERG/NÜSE, S.244 ff.

Die Gründe für die Ablehnung eines Antrags auf Beiziehung eines Gutachters können vom Gericht sowohl dem Katalog des § 244 Abs.3 StPO entnommen werden, der für alle Beweisanträge in gleicher Weise gilt²⁷³⁾, wie auch der speziellen Regelung des Abs.4 dieser Bestimmung. Das bedeutet im einzelnen:

Ein Antrag auf Sachverständigenvernehmung kann wegen **U n z u l ä s s i g k e i t** zurückgewiesen werden. Ein praktisch wichtiger Fall von Unzulässigkeit liegt vor, wenn das vorgeschlagene Gutachtenbeweisthema mit dem Verhandlungs- und Urteilsgegenstand nichts zu tun hat.²⁷⁴⁾

Weiterhin kann sich die Unzulässigkeit aus einem **B e w e i s v e r b o t** ergeben. Ein auf das Beweismittel bezogenes Beweisverbot spielt auf dem Gebiete des Sachverständigenbeweises kaum eine Rolle. Einem Sachverständigenbeweisantrag wird das Gericht auch dann entsprechen müssen, wenn der Auswertung eines **b e s t i m m t e n**, im Antrag namentlich bezeichneten sachverständigen Beweismittels ein Beweisverbot entgegensteht (z.B. weil der benannte Sachverständige ein aus den §§ 76 I 1, 52-54 StPO folgendes Zeugnisverweigerungsrecht geltend gemacht hat). Zwar ist dann natürlich die Beiziehung des benannten Sachverständigen verwehrt, aber es ist dem Richter regelmäßig möglich, einen anderen brauchbaren Sachverständigen des betreffenden Fachgebietes zuzuziehen, auf den das Beweisverbot nicht zutrifft (Fungibilität des Sachverständigen). Hat der Richter das Recht, nach freiem, an der richterlichen Wahrheitserforschungspflicht²⁷⁵⁾ orientiertem Ermessen anstelle des vorge-

273) KMR § 244 Anm.18.

274) Scharf zu unterscheiden von der **U n e r h e b l i c h k e i t** und **B e d e u t u n g s l o s i g k e i t**, die den Antrag **u n b e g r ü n d e t** im Sinne von § 244 III 2 StPO sein läßt. SCHMIDT II, § 244 Nr.32.

275) §§ 155 II, 244 II StPO.

schlagenen Sachverständigen andere auszuwählen und zu beauftragen²⁷⁶⁾, so muß man andererseits eine Verpflichtung des Richters zur Auswahl eines anderen als des im Antrag benannten Sachverständigen für den Fall annehmen, daß der Benannte wegen Beweisverbotes als Beweismittel ausfällt. Anderenfalls ergäbe sich auch eine ungerechtfertigte Schlechterstellung desjenigen Antragstellers, der seinen Sachverständigenbeweisanspruch durch die Benennung einer bestimmten Person über die Mindestanforderungen hinaus substantiiert hätte. Aus dieser Auffassung ergibt sich, daß eine Ablehnung wegen eines auf das Beweismittel bezüglichen Beweisverbotes für den Sachverständigenbeweis nur in Frage kommen kann, wenn das Beweisverbot sich auf a l l e verfügbaren Sachverständigen erstreckt, ein Fall, der wohl nur theoretische Bedeutung hat.

Auch eine Unzulässigkeit des Sachverständigenbeweises aus einem auf das Gutachtenthema bezüglichen Beweisverbot wird sehr selten vorkommen. Unter generellem Beweisverbot stehende Beweisthemen, die folglich auch nicht zum Gegenstand des Sachverständigenbeweises gemacht werden können, sind in § 190 StGB²⁷⁷⁾ und § 468 RABG²⁷⁸⁾ enthalten.

Letztlich ist der Beweis durch Gutachten dann als unzulässig anzusehen, wenn sich aus dem Antrag ergibt, daß das Gutachten durch verbotene Beweismethoden erarbeitet werden soll, z.B. Angeklagter beantragt die Vernehmung

276) § 73 StPO; das Recht zur freien Auswahl der Sachverständigen ist lediglich durch § 73 II und durch § 87 I 2 StPO eingeschränkt.

277) ALSBERG/NÜSE, S.105; PETERS, § 38 IV 1 b, S.244; SCHMIDT II, § 244 Nr.35; SIMADER, S.105; GEIER in LOEWE/ROSENBERG, § 244 Nr.21 a.

278) ALSBERG/NÜSE, S.105, 106; SIMADER, S.107.

eines Zeugen unter Mitwirkung eines Hypnosefachmannes, weil dieser im "normalen" Zustand ja doch nur lüge²⁷⁹⁾; oder Angeklagter verlangt die Beiziehung eines Psychologen, der ihn in eingehender Untersuchung unter Mitwirkung eines Lügendetektors auf seine Wahrhaftigkeit untersuchen soll.²⁸⁰⁾

Neben der Unzulässigkeit kann auch U n b e g r ü n d e t - h e i t Ablehnungsgrund für den Sachverständigenbeweis-antrag sein. Sie ist es allerdings nur, wenn einer der in § 244 III 2 StPO ausdrücklich bezeichneten Gesichtspunkte vorliegt.²⁸¹⁾

Das Gesetz nennt die O f f e n k u n d i g k e i t . Offenkundig ist eine Tatsache dann, wenn sie allen Mitgliedern, den Berufs- und Laienrichtern des Gerichts bekannt ist und diese Kenntnis entweder auf amtlichem Wissen (sog. gerichtsnotorische Tatsache) oder auf allgemeinem Wissen (notorische Tatsache) beruht.²⁸²⁾ Von amtlichem Wissen, das eine Tatsache zur g e r i c h t s - n o t o r i s c h e n macht, ist dann zu sprechen, wenn der Richter von der Tatsache weiß, weil er Richter

279) Ein von Ludwig MAYER mitgeteilter Fall zeigt allerdings, daß zum Zwecke der Verbrechensaufklärung auch die Vernehmung einer Person in der Hypnose in einem Ausnahmefall einmal statthaft, ja sogar geboten sein kann, wenn nämlich die Hypnose nicht dazu dient, die Freiheit der Willensentschließung zu beeinträchtigen, sondern wiederherzustellen. L.MAYER, S.94 ff.

280) Über die Grenzen prozessualer Feststellung, insbesondere das Verbot von Nakoanalyse und Lügendetektor eingehend oben S.49 ff.

281) SCHMIDT II, § 244 Nr.41 (SCHMIDT will allerdings die Verschleppungsabsicht aus diesem Katalog ausnehmen und den Unzulässigkeitsgründen zuordnen. Ob zu Recht, mag dahingestellt sein, da die Frage im Rahmen der vorliegenden Untersuchung keine Rolle spielt)

282) PETERS, § 38 IV 2 b, S.244.

ist²⁸³⁾, von allgemeinem Wissen dann, wenn die Tatsache so allgemein wahrnehmbar oder untrüglich überliefert ist, daß sie von keinem verständigen Menschen bezweifelt werden kann²⁸⁴⁾.

Als unbegründet zurückzuweisen ist ein Sachverständigenbeweisantrag weiterhin, wenn die T a t s a c h e , die bewiesen werden soll, für die Entscheidung o h n e B e d e u t u n g ist. Ohne Bedeutung ist eine Tatsache, die "für die Urteilsfindung weder unmittelbar noch mittelbar irgendwelche Bedeutung hat".²⁸⁵⁾

Eine Tatsache ist auch dann nicht beweisbedürftig, wenn sie b e r e i t s a n d e r w e i t i g e r w i e s e n ist. Hervorzuheben ist bei diesem Ablehnungsgrund, daß er nicht zutrifft, wenn das Gericht das Gegenteil der im Antrag behaupteten Tatsache für erwiesen hält. Eine Ablehnung mit dieser Begründung ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar und würde sich als unzulässige antizipierte Beweiswürdigung darstellen.²⁸⁶⁾

V ö l l i g e U n g e e i g n e t h e i t ist Ablehnungsgrund nur dann, wenn das Gericht ohne Rücksicht auf das bisher gewonnene Ermittlungsergebnis sagen kann,

283) ALSBERG/NÜSE, S.116; SCHMIDT I, Nr.318.

284) SCHMIDT I, Nr.317; in diesem Sinne auch BELING, S.287; v.HIPPEL, S.381; HENKEL, Grundriß, § 46 III 2, S.163; KERN, § 24 B III 2 b, S.92.

285) So Bayer.ObLG St 1949-51, S.73 (81); ebenso SCHMIDT II, § 244 Nr.46; GEIER in LOEWE/ROSENBERG, § 244 Anm.22.

286) HENKEL, § 96, S.395; BELING, S.380; PETERS, § 38 IV, S.246/7; SCHMIDT II, § 244 Nr.52; OLG Celle NJW 1948, 394; so schon früher das RG: RGSt 39,363 (364), RGSt 47,100 (105).

daß mit einem solchen Beweismittel ein solches Ergebnis wie das im Beweisantrag in Aussicht gestellte nach sicherer Lebenserfahrung nicht zu erzielen sei.²⁸⁷⁾ "Völlige Ungeeignetheit" muß eine aus dem Wesen des Beweismittels sich eindeutig ergebende, absolute Untauglichkeit für Beweise solcher Art überhaupt sein.²⁸⁸⁾ Es genügt also nicht eine relative, bloß mögliche Ungeeignetheit, mag auch im Einzelfall der mangelnde Erfolg einer Beweiserhebung mit hoher Wahrscheinlichkeit vorhersehbar sein. - Ist im Sachverständigenbeweisantrag die Zuziehung eines bestimmten Sachverständigen beantragt und erscheint dieser dem Gericht völlig ungeeignet, wohingegen andere Fachleute des bezeichneten Fachgebietes durchaus befähigt erscheinen, durch Erstattung eines Gutachtens die Wahrheitsermittlung zu fördern, so hat das Gericht dem Antrag unter Ersetzung der ungeeigneten Person durch eine geeignete zu entsprechen. Eine Ablehnung des Beweisantrages nur mit der Begründung, die benannte Person sei zur Beiziehung als Sachverständiger völlig ungeeignet, ist aus den gleichen Gründen nicht statthaft, wie sie oben schon im Zusammenhang mit dem Unzulässigkeitsgrund "Beweisverbot" genannt waren.²⁸⁹⁾

Die U n e r r e i c h b a r k e i t als Ablehnungsgrund spielt vor allem eine Rolle für den Zeugenbeweis. Für den Sachverständigenbeweis kommt er deshalb kaum in Betracht, weil das Gericht verpflichtet und regelmäßig in der Lage ist, eine im Antrag zum Sachverständigen vorgeschlagene, unerreichbare Person durch eine geeignete erreichbare zu ersetzen.

287) Vgl. BGH JR 1954,310.

288) SCHMIDT II, § 244 Nr.54.

289) S. o. S.88-89.

Eine bedeutsame Rolle spielt dagegen die Möglichkeit der W a h r u n t e r s t e l l u n g . Ein Sachverständigenbeweis-antrag kann aus diesem Grunde abgelehnt werden, wenn die Tatsache, für die der Beweis angeboten wird, erheblich ist²⁹⁰⁾ und sie, in ihrer Bedeutung, Tragweite und Auswirkung klar überschaubar, eindeutig nur zur Entlastung des Angeklagten beiträgt.²⁹¹⁾ Es ist deshalb bei Beweisanträgen des Staatsanwalts zugunsten des Angeklagten²⁹²⁾ besonders sorgfältig zu prüfen, ob die Wahrunterstellung einer Tatsache nicht gleichzeitig den Angeklagten belastet.²⁹³⁾ - Wann im übrigen bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen eine Wahrunterstellung durch das Gericht erfolgen kann, bestimmt sich nach den in den §§ 155 II, 244 II StPO normierten Grundsätzen. Das Gericht darf die Wahrunterstellung keinesfalls dazu benutzen, seiner sachlich gebotenen Aufklärungspflicht aus dem Wege zu gehen.²⁹⁴⁾

Ein wichtiger Ablehnungsgrund ist auch die V e r - s c h l e p p u n g s a b s i c h t . Sie liegt vor, wenn ein Beweisantrag keine Sachaufklärung, sondern nur eine Hinauszögerung der Urteilsfällung bezweckt.²⁹⁵⁾ Die Motivation des Antragstellers ist sehr sorgfältig zu prüfen und muß - soll Verschleppungsabsicht angenommen werden - durch Angabe von Tatsachen eingehend begründet werden; das verspätete Vorbringen beweist für sich allein keineswegs die Verschleppungsabsicht.²⁹⁶⁾

290) SCHMIDT II, § 244 Nr.59.

291) SCHMIDT II, § 244 Nr.59/60; vgl. auch BGHSt 1,137.

292) § 160 II StPO.

293) SCHMIDT II, § 244 Nr.59.

294) Vgl. BGH NJW 59, 396; BGHSt 1, 137.

295) SCHMIDT II, § 244 Nr.38; KMR § 244 Anm.16 a; ALSBERG/NÜSE, S.30; RG JW 1932,2732.

296) Vgl. § 246 I StPO; SCHWARZ, § 244 Anm.4 B a, S.327.

Der bedeutsamste Grund für die Ablehnung von Sachverständigenbeweisanträgen ist in § 244 IV 1 StPO normiert. Die Zuziehung eines Gutachters kann danach abgelehnt werden, wenn das Gericht **s e l b s t** die **e r f o r d e r l i c h e S a c h k u n d e** besitzt. Diese Regelung trägt der Tatsache Rechnung, daß der Sachverständige Richtergehilfe ist. Hat der Richter selbst die erforderliche Sachkunde, bedarf er eines Gehilfen nicht.

So selbstverständlich dieser Satz auch im ersten Augenblick anmuten mag, birgt er doch eine Problematik in sich, die geeignet ist, Zweifel an seiner unumschränkten Geltung zu wecken und einen Meinungsstreit in der Literatur entstehen zu lassen. Die Problematik liegt zunächst in folgendem:

Kann ein Gericht einen Sachverständigenbeweisantrag mit der Begründung ablehnen, es habe selbst die zur Beurteilung der Beweisfrage notwendige Sachkenntnis, besteht die Gefahr, daß eine ausreichende Sachkunde zu Unrecht angenommen wird. Die Motivation des ablehnenden Gerichts kann dabei eine verschiedene sein, sei es, daß es sich wirklich zur sachverständigen Beurteilung befähigt glaubt sei es, daß es die Begründung nur vorschiebt, um ein nach seiner Meinung doch nicht mehr erschütterbares Beweisergebnis nicht nochmals "völlig nutzlos" überprüfen zu müssen. Beide Verfahrensweisen, die irrige Annahme nicht vorhandener Sachkunde wie die antizipierte Beweiswertbeurteilung sind mit der Strafprozeßordnung unvereinbar; es kommt nicht darauf an, daß "sich das Gericht die erforderliche Sachkunde zutraut"²⁹⁷⁾, sondern daß

297) Zu weitgehend und gefährlich diese in früheren Entscheidungen vom Reichsgericht gebrauchte Formel! Siehe RGSt 52,62; RG LZ 1916,482 und RG LZ 1917,143.

es diese auch tatsächlich hat. Zum anderen gibt es im Beweisrecht des deutschen Strafprozesses, von zwei Ausnahmen abgesehen²⁹⁸⁾, keine zulässige antizipierte Beweiswertwürdigung.

Es erscheint heute unbegreiflich, wie das Reichsgericht als Revisionsinstanz die von den Tatrichtern gebrauchte formelhafte Wendung, "das Gericht traut sich die nötige Sachkunde zu", so lange ungeprüft und unkritisch hinnehmen konnte. Es konnte doch nicht verborgen bleiben, daß damit einer antizipierten Beweisbewertung Tür und Tor geöffnet wurde. Vielleicht scheiterte das Reichsgericht zunächst an der schwierigen Aufgabe, die Sachkunde des Richters zuverlässig nachzuprüfen, eine Aufgabe, die es später²⁹⁹⁾ so gut bewältigte, daß seine zur Frage der Revisibilität der Annahme eigener Sachkunde erarbeiteten Grundsätze richtungsweisend wurden für die Schaffung des Abs.4 des § 244 StPO im Jahre 1950³⁰⁰⁾ und bis heute die Rechtsprechung der Revisionsgerichte nicht unbeeinflußt ließen. Das Reichsgericht³⁰¹⁾ modifizierte seinen bis dahin vertretenen Standpunkt insofern erheblich, als es nunmehr ein Zutrauen zur eigenen Sachkunde dem Tatrichter nur unter der Voraussetzung einräumte, daß er " d i e n ö t i g e S a c h k u n d e n a c h d e r E r f a h r u n g d e s L e b e n s a u c h

298) § 244 IV 2 und V StPO; GEIER in LOEWE/ROSENBERG, § 244 Nr.26; SCHMIDT II, § 244 Nr.76 (S.687).

299) Ab RGSt 61,273 (Urteil vom 1.April 1927).

300) Eingefügt durch Gesetz vom 12.September 1950, BGBl S.455 ff. (491/2).

301) a.a.O.

haben kann".³⁰²⁾ Damit war dem Revisionsgericht ein fester Maßstab für die Überprüfung der Annahme eigener Sachkunde durch den Tatrichter gegeben und andererseits den Tatrichtern klargemacht, wann in der Ablehnung von Sachverständigenbeweisanträgen des Angeklagten oder seines Verteidigers eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung im Sinne von § 338 Ziff.8 StPO (absoluter Revisionsgrund!) liegt.

Die Verdienste der durch das Reichsgericht geschaffenen Formel können nicht dadurch geschmälert werden, daß sie ihrem Wortlaut nach zwei verschiedene Auslegungen zuläßt, von denen eine richtig erscheint, aber auch die andere angesichts der für sie anführbaren Gründe nicht "a limine" abweisbar ist. - Wird nämlich die Annahme eigener Sachkunde dem Tatrichter nur unter der Voraussetzung zugestanden, daß er diese "nach der Erfahrung des Lebens auch haben kann", so kann man diese Formulierung einmal dahin verstehen, daß der Richter grundsätzlich nur solches eigene Fachwissen unter Ablehnung beantragter Sachverständigenvernehmung frei verwerten dürfe, was solche Richter, wie er einer ist, an Wissen

302) Diese Wendung findet sich in einer ganzen Reihe von RG-Entscheidungen, die zumeist auf die in Fußnote 300 zitierte Grundsatzentscheidung Bezug nehmen: RG JW 1928, 2988 Nr.24; RG JW 1931, 1493 Nr.31 = HRR 1930 Nr.1569; RG HRR 1931 Nr.1405; RG JW 1932, 2619 Nr.17 (2620 a.E.); RG JW 1932, 3097 Nr.46 (Leitsatz ohne Entscheidungsgründe) = RG HRR 1932 Nr.1532; RG HRR 1937 Nr.539; RG JW 1937, 3101 Nr.30 = RGSt 71, 336 (338); RG JW 1938, 1019 Nr.14; RG HRR 1938 Nr.1380; RG HRR 1939 Nr.1208 = RGDR 1939, 1317 Nr.23 (nur Leitsatz); RG JW 1939, 754 Nr.8 = RG HRR 1939 Nr.603.

zu besitzen p f l e g e n.³⁰³⁾ Andererseits kann man den Wortlaut so auffassen, daß dem Richter auch die Anwendung eines über dieses "Normalmaß" hinausgehenden Sonderwissens nicht grundsätzlich verwehrt sein sollte, daß es dann aber einer besonders eingehenden Darlegung in den Gründen des Ablehnungsbeschlusses bedürfe, wieso das Gericht eine besondere, Vertrauen verdienende Sachkunde in concreto gleichwohl haben konnte. Das Reichsgericht wollte seine Formel offensichtlich in dem letzteren Sinne ausgelegt wissen, daß also der Tatrichter auch ein ganz spezielles Sonderwissen dann frei verwerten könne, wenn er die durch die Lebenserfahrung begründete V e r - m u t u n g mangelnder Sachkunde in einer durch das Revisionsgericht nachprüfbaren Weise überzeugend widerlegt habe.³⁰⁴⁾

Nach der ersteren, von BOCKELMANN und GOLDSCHMIDT vertretenen Auffassung ist also ein zufällig oder aus einem Selbststudium vom Richter erworbenes, spezielles, über das "Normalmaß" richterlicher Sachkunde hinausgehendes Wissen ohne die Zuziehung eines Sachverständigen schlechterdings unverwertbar, weil ihm dieses Wissen nach der Durchschnittsbeurteilung, die die besonderen Gegebenheiten in der Person des einzelnen Richters unberücksichtigt läßt, nicht zuzutrauen ist.³⁰⁵⁾ Es lassen sich sachliche Gründe einer solchen Auslegung anführen. BOCKELMANN argumentiert, ein spezielleres Erfahrungswissen (eben das ihm nach der Erfahrung des Lebens nicht zuzutruende) teile der Richter nur mit einem beschränkten Kreis von

303) So BOCKELMANN, S.326; vgl. auch GOLDSCHMIDT, S.440, 441.

304) Vgl. RG HHR 1938 Nr.1380.

305) BOCKELMANN, a.a.O.

Eingeweihten, weshalb es etwas Geheimes sei und dem "privaten" Wissen des Richters zugehörig nur in den Formen der streng geregelten Beweisaufnahme in den Prozeß eingeführt werden dürfe.³⁰⁶⁾ ³⁰⁷⁾ Wolle der Richter solche Kenntnis im Prozeß verwertet sehen, müsse er entweder eine andere Person aus dem Kreis der Sachkundigen zum Sachverständigen bestellen oder, als Folgerung aus der in § 22 Ziff.5 StPO ausgesprochenen Unvereinbarkeit des Richteramts mit der Sachverständigenfunktion, als Richter aus dem Prozeß ausscheiden, um dann als Sachverständiger zu fungieren.³⁰⁸⁾

An diesem Punkt ist die Kritik an der Auffassung BOCKELMANNs anzusetzen. Der Richter teilt sein Sonderwissen, mag es auch ein sehr spezielles sein, nahezu immer mit einer unbestimmten Vielheit von anderen sachkundigen Personen³⁰⁹⁾, so daß es regelmäßig unangebracht erscheint, von einem "beschränkten Kreis von Eingeweihten"³¹⁰⁾ zu sprechen. Der Ausnahmefall, daß nur ganz wenige Fachkenner auf einem Gebiet vorhanden sind, kann zu grundsätzlichen Schlußfolgerungen nicht herangezogen werden. Auch der Hinweis auf § 22 Ziff.5 StPO überzeugt als Argument nicht, weil zwei nicht vergleichbare Tatbestände gleichgesetzt werden. - Ein Richter, der in einer Sache als Prozeßsachverständiger oder sachverständige Auskunft-

306) Derselbe, S.324.

307) Im Ergebnis ähnlich GOLDSCHMIDT, S.440/441, der nur für "allgemeinkundige" Erfahrungssätze den Sachverständigenbeweis für entbehrlich hält. Zur Begründung wird im wesentlichen nur auf die Notwendigkeit verwiesen, Dilettantismus zum Schaden der Prozeßbeteiligten zu vermeiden.

308) BOCKELMANN, S.325 Anm.15 a.E.

309) ALSBERG/NÜSE, S.249.

310) BOCKELMANN, S.324.

person tätig war, würde häufig durch die Aufgabe psychologisch überfordert, sein eigenes Gutachten "als Richter" unvoreingenommen auf seinen Beweiswert zu überprüfen. Die Arbeit innerhalb des begrenzten Beweisthemas unter dem Einfluß der besonderen Verfahrenssituation zur Zeit der Gutachtenerstattung (z.B. Gutachtenerstattung im Stadium der Voruntersuchung, um der Staatsanwaltschaft Gewißheit über das Vorliegen oder Nichtvorliegen "genügenden Anlasses zur Klageerhebung"³¹¹⁾ zu geben), die Gebundenheit an Weisungen³¹²⁾, all das zieht den als Sachverständiger tätigen Richter in einer Weise in die Dynamik des Prozeßgeschehens³¹³⁾ hinein, daß es zweifelhaft erscheint, ob es ihm gelingen kann, den Abstand zu den Dingen zu gewinnen, den er zur Beurteilung "als Richter" unbedingt braucht. Deshalb schließt ihn das Gesetz für diesen Fall mit Recht von der Ausübung des Richteramtes aus. Ganz anders ist die Situation hingegen für den Richter, der das Maß eigener Sachkunde bei der Bescheidung eines Sachverständigenbeweisantrages zu beurteilen hat, aber nicht zuvor als Gutachter in der Sache tätig war. Dieser Richter hat sich nicht in der geschilderten Weise des Abstandes zum Prozeßstoff begeben. Er ist nicht mehr als jeder andere Richter gefährdet, seine Unvoreingenommenheit und den sicheren Überblick zu verlieren, denn die selbstkritische Überprüfung der eigenen Fähigkeiten und Kenntnisse ist eine Aufgabe, die jedem Richter in seiner Amtstätigkeit in Zusammenhang mit der freien richterlichen Beweiswürdigung³¹⁴⁾

311) § 170 StPO.

312) § 78 StPO.

313) Vgl. oben zum Wesen des Prozesses S. 27 - 28 , insbes.S.

314) § 261 StPO.

immer wieder gestellt ist. - Gegenstand einer solchen Überprüfung kann insbesondere auch ein im Einzelfall dem Richter verfügbares, ausgefallenes Spezialwissen sein, denn, wenn man berechtigterweise verlangt, daß der Richter sich nach Erstattung eines Gutachtens auch in schwierigen Fachfragen des Gutachtenthemas ein eigenes Urteil bildet³¹⁵⁾, muß man ihm hierzu auch die Anwendung eines jeden, nach Prüfung für verwertbar gefundenen und nachweisbar (ausgewiesen in dem einen beantragten Sachverständigenbeweis ablehnenden Beschluß und in den Urteilsgründen) vorhandenen Wissensstoffes zubilligen.

Kann nach allem die Auffassung BOCKELMANNs, der Richter dürfe grundsätzlich ein ihm nach der Erfahrung des Lebens nicht zuzutrauendes Spezialwissen nicht frei verwerten, aus § 22 Ziff.5 StPO nicht begründet werden, so überzeugt auch sein Hinweis auf die mangelnde Kontrolle über die Verwendung richterlichen Sonderwissens nicht.³¹⁶⁾ Der Verzicht auf eine Einführung der besonderen Erfahrungssätze im Wege prozeßförmiger Sachverständigenbeweisaufnahme bedeutet nicht, daß damit notwendigerweise den Prozeßbeteiligten die Kontrollmöglichkeiten abgeschnitten werden. Nach den vom Reichsgericht³¹⁷⁾ aufgestellten Grundsätzen muß sich der Tatrichter bei der Ablehnung von Sachverständigenbeweisanträgen auf Grund eigener sehr spezieller, über das bezeichnete Normalmaß hinausgehender Kenntnisse über sein Wissen in den Gründen des Ablehnungsbeschlusses³¹⁸⁾ wie auch später im Urteil

315) BGHSt 8,113 ff.

316) BOCKELMANN, S.326.

317) RGHR 1938 Nr.1380; in diesem Sinne auch OLG Köln DAR 1957,53 Nr.31; BGH NJW 1958,1596 (1597) Nr.15.

318) §§ 244 VI, 34 StPO.

besonders eingehend und überzeugend ausweisen. Damit erscheint eine zuverlässige Kontrolle durch das Revisionsgericht gewährleistet und können auch die Prozeßbeteiligten die Chancen einer Rechtsmitteleinlegung beurteilen. Wünscht der Antragsteller nach Ablehnung seines Sachverständigenbeweisantrages eine über die Begründung des Ablehnungsbeschlusses hinausgehende Stellungnahme des Gerichts zum benannten Beweisthema noch in der Hauptverhandlung, so gibt ihm die Strafprozeßordnung dazu eine entsprechende Erzwingungsmöglichkeit in den §§ 220, 245 StPO. Die Überprüfung der richterlichen Sachkunde ist damit auf breitester Beurteilungsgrundlage möglich. Von einer "unkontrollierten Verwendung privaten Spezialwissens"³¹⁹⁾ kann unter diesen Umständen keine Rede sein.

Ergibt sich also aus den von BOCKELMANN angeführten Gründen nicht die von ihm behauptete zwingende Notwendigkeit, das ganz spezielle, über das Normalmaß hinausgehende Wissen des Richters grundsätzlich von der freien Verwertbarkeit auszuschließen, sprechen alle Gründe für die Gegenansicht. Ist für die Prozeßbeteiligten hinreichend erkennbar geworden, daß der Richter über die zur Beurteilung einer Fachfrage notwendige Sachkunde verfügt und sie auch dem Erkenntniszweck entsprechend anzuwenden versteht, so besteht kein Anlaß, einen Sachverständigen beizuziehen. Die Erkenntnismöglichkeiten des Richters können in diesem Falle durch den Sachverständigen nicht erweitert und damit die Aussichten auf ein gerechtes Urteil auch nicht mehr verbessert werden. Dem Erkenntnisinteresse der anderen Prozeßbeteiligten trägt § 245 StPO Rechnung. Durch Herbeischaffung von Sachverständigen

319) BOCKELMANN, S.326.

zur Hauptverhandlung kann eine nähere Demonstration in den in Frage stehenden Fachfragen in der Hauptverhandlung erreicht werden.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten:

Richterliche Sachkunde als Ablehnungsgrund für Sachverständigenbeweisanträge verdient nach dem Maße ihrer Evidenz Vertrauen. Die Fachkenntnis muß stets in einer für das Revisionsgericht und die Prozeßbeteiligten zuverlässig nachprüfbarer Weise in den Gründen des Ablehnungsbeschlusses dargelegt werden. Behauptet der Richter, ein Wissen zu haben, daß einem Richter nach der Erfahrung des Lebens nicht zuzutrauen ist, darf er dieses unter Ablehnung eines Sachverständigenbeweisantrages nur dann frei bewerten, wenn es ihm gelingt, die für die Nichtexistenz sprechende Vermutung überzeugend zu widerlegen.

Es wird dem Richter freilich nicht oft gelingen, ein Fachwissen, das Richter nach der Erfahrung des Lebens nicht zu besitzen pflegen, in der geforderten Weise evident zu machen. Besonders auf Gebieten, die nur nach langem intensivem Studium und praktischer Arbeit beherrscht werden können, ist die vom Richter behauptete Sachkunde nur dann eine mutmaßlich vertrauenswürdige, wenn der Richter auf einen entsprechenden Ausbildungsgang verweisen kann. Mit Recht hat deshalb die Rechtsprechung für Fragen der **P s y c h i a t r i e** die Ergänzung eventuellen richterlichen Wissens durch den psychiatrischen Gutachter für regelmäßig erforderlich gehalten, so z.B. das REICHSGERICHT in einem Falle, in dem der Richter ohne Zuziehung eines Sachverständigen die

Zurechnungsfähigkeit eines Epileptikers beurteilt hatte.³²⁰⁾ In einer anderen Entscheidung hielt das RG das Wissen eines Gerichts für nicht ausreichend, das aus eigener Sachkunde über die Zurechnungsfähigkeit eines Angeklagten geurteilt hatte, der unter angeborenem Schwachsinn litt und außerdem durch Eingriff unfruchtbar gemacht worden war.³²¹⁾ In der Rechtsprechung des BUNDESGERICHTSHOFs finden sich ebenfalls eine Reihe von Entscheidungen, in denen betont ist, daß psychiatrische Fachfragen nach der Erfahrung des Lebens vom Richter nur mit Hilfe von Sachverständigengutachten zuverlässig entschieden werden können, z.B. Einwirkung einer retrograden Amnesie infolge Gehirnerschütterung und Schockwirkung auf das Erinnerungsvermögen³²²⁾, übersteigerte Erregbarkeit durch Nervenleiden mit der möglichen Folge verminderter Zurechnungsfähigkeit³²³⁾, Kopfverletzung als Ursache pathologischer Wesensänderungen und verminderter Widerstandskraft gegenüber der enthemmenden Wirkung des Alkohols³²⁴⁾. In die gleiche Richtung weist auch eine Entscheidung des OLG Bremen (Einfluß einer Drüsenerkrankung auf die Psyche eines Menschen).³²⁵⁾ Abnormes fremdes Seelenleben offenbart sich aus den äußeren Zeichen, Vorgängen und Zuständen nur demjenigen, der zur Beurteilung und Bewertung nach der generalisierenden Erkenntnismethode auf ein umfangreiches Material fremdpsychischer Erfahrung zurückgreifen kann.³²⁶⁾ Dieses Maß an Wissen und Erfahrung steht nicht einmal jedem Arzt zur

320) RG HRR 1941 Nr.750.

321) RG JW 1938, 1019.

322) BGH VRS 15,432 (435) Nr.186.

323) BGH VRS 8,272 (276) Nr.119.

324) BGH NJW 1952,633 Nr.25.

325) OLG Bremen DRZ 1950,500.

326) Näher zur Methode der Feststellung innerer Tatsachen oben S.36-40; zum Begriff der "Inneren Tatsache" S.29,30.

Verfügung. Zumeist kann nur der erfahrene Hirnfacharzt den gestellten Anforderungen genügen.³²⁷⁾ Der Richter wird über ein solches im psychiatrischen Fachstudium erworbenes Wissen nur in ganz seltenen Ausnahmefällen verfügen.

Auf dem Gebiete der P s y c h o l o g i e , allgemein der Verfahrenspsychologie und speziell der Aussagepsychologie, hängt es stark von den Umständen des Einzelfalles ab, ob die richterliche Sachkunde Vertrauen verdient. Besitzt der Richter ein nicht zu dürftiges Maß fremdpsychischer Erfahrung, und kann er dieses durch die eigenpsychische Erfahrung wirksam ergänzen, so bietet die damit gegebene breite Bewertungsgrundlage genügende Sicherheit für die richtige Erkenntnis in Fragen der Menschenbehandlung, bei der Verhandlungsleitung, bei Vernehmungen des Beschuldigten oder der personellen Beweismittel, bei der Feststellung der "subjektiven Tatbestandsmerkmale"³²⁸⁾ (Motive, Tendenzen, Absichten des Täters), der Gefährlichkeit³²⁹⁾ und der Schuld des Täters.

Skepsis gegenüber der vom Richter behaupteten Sachkunde ist geboten, wenn dessen eigenpsychische Erfahrung nur sehr unvollkommen als Interpretationsmaterial für fremdes seelisches Erleben dienen kann. -

Ein solcher Fall ist gegeben, wenn der Richter nie ein ähnliches, seelisches Erleben wie das der zu beurteilenden Person in der eigenen Psyche, aus eigener unmittelbarer Anschauung kennenlernte, bzw. wenn er dieses

327) BGH NJW, a.a.O.

328) So die Bezeichnung bei LAURACH, AT § 20 I 2 a, S.183; SCHÖNKE/SCHRÖDER, Vorbem. I 1 a, S.10, spricht von "subjektiven Unrechtselementen".

329) Wichtig für die Beurteilung, ob eine Strafschärfung nach § 20 a StGB in Frage kommt, oder auch ob Maßregeln der Sicherung und Besserung anzuordnen sind.

Erleben zwar gehabt hat, aber vor so langer Zeit, daß die Reproduktionen dieser Empfindungsinhalte in seinem Gedächtnis verblaßt sind. Dann bleibt ihm nur zu leicht das seelische Erleben des anderen fremd und unverständlich, und er kann es nicht dem Erkenntniszweck entsprechend einordnen und auf breiter Bewertungsgrundlage beurteilen, sofern er nicht durch eine besonders umfassende Kenntnis fremdpsychischer Vorgänge, ihrer Gesetzmäßigkeiten und äußeren Erscheinungsbilder den Mangel an verwertbarer eigenpsychischer Erfahrung kompensieren kann.³³⁰⁾ Diese Schwerpunktverlagerung von der eigenpsychischen auf die fremdpsychische Erfahrung als Interpretationsmaterial fremden Seelenlebens findet sich besonders eindeutig auf dem Gebiete der Kinderpsychologie. Die Erinnerungen an eigene seelische Erlebnisse aus der Kindzeit sind dem erwachsenen Menschen im Laufe der Jahre mehr und mehr geschwunden. Soweit sie fortbestehen, bieten sie nur mehr einen blassen Gesamteindruck ohne die in Vergessenheit geratenen Einzelheiten, ohne Anschaulichkeit und Frische. Der Richter kann deshalb das seelische Erleben eines Kindes, sofern es sich nicht um offensichtlich einfach liegende Fälle handelt, nur dann zuverlässig beurteilen, wenn er in vielen Einzelerfahrungen die Äußerungsformen seelischen Erlebens bei Kindern unter den verschiedensten Einflüssen und Bedingungen kennengelernt hat und ihm auch die bestehenden Gesetzmäßigkeiten nicht verborgen geblieben sind. Diesen Anforderungen genügt der Richter regelmäßig nicht, und zwar auch dann nicht, wenn er selbst als Familienvater im Umgang und in der Erziehung von Kindern eine gewisse Erfahrung

330) Vgl. im Einzelnen dazu die Ausführungen über die generalisierende Methode der Tatsachenfeststellung im Prozeß, S.30 ff.; speziell zur Feststellung innerer Tatsachen S.36-40.

sammeln konnte. Im Strafprozeß hat es der Richter bei der Vernehmung kindlicher Zeugen, die zumeist bei der Aburteilung von Sittlichkeitsdelikten in Frage kommt, vornehmlich mit solchen Äußerungen kindlichen Seelenlebens zu tun, die stark von der besonderen Situation beeinflusst sind, in der sich das Kind in der Gerichtsverhandlung befindet oder im Zeitpunkt der Tatvorgänge befand. Diese Situation unterscheidet sich aber so grundsätzlich von der eines Kindes, das unbehelligt und umsorgt in der Geborgenheit des Elternhauses lebt, daß der Richter aus den Äußerungen seiner eigenen Kinder jedenfalls ein ausreichendes und für sich allein zuverlässiges Anschauungsmaterial nicht gewinnen kann.

Die richterliche Aufgabe, den Beweiswert von Kinderaussagen zu ermitteln, wird weiterhin dadurch erschwert, daß Kinder im Entwicklungsalter viel stärker als Erwachsene dazu neigen, Vorstellungen der Phantasie mit wirklich Erlebtem so zu vermischen, daß sie zu einer Trennung nicht mehr in der Lage sind und deshalb, oft in gutem Glauben, in der Zeugenaussage den Sachverhalt, wie er sich tatsächlich zugetragen hat, grob entstellen.³³¹⁾ Besonders erotische Phantasien werden allzu leicht objektiviert. "Nirgends ist die Grenze zwischen phantastischem Schein und realem Sein weniger scharf als in den ersten Jugendregungen des Eros und Sexus."³³²⁾

331) TILLMANN in LOEWE/ROSENBERG, § 73 Anm.4; PETERS, Fehlurteil, S.489.

332) STERN, Jugendliche Zeugen, S.27.

Die Ursachen der Verquickung von Erleben und Phantasie sind vielfältig. Sexuelle Neugier und Erwartung, ein im jugendlichen Alter besonders ausgeprägter Geltungsdrang und das Bestreben, sich interessant zu machen, können zum unbewußten oder gar bewußten Abweichen von der Realität und einer "Entharmlosung" von Vorgängen während ihres Ablaufs, oft auch geraume Zeit danach unter dem Einfluß suggestiver Fragen von Eltern und Ermittlungsbeamten, führen.³³³⁾

Es kann unter Berücksichtigung all dieser Umstände nach der Erfahrung des Lebens nicht zweifelhaft sein, daß der Richter das zur zuverlässigen Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Kinderaussagen notwendige Maß an psychologischer Sachkunde zumeist nicht haben wird und deshalb häufig der Hilfe eines Sachverständigen bedarf. Das ist in der Rechtsprechung des BUNDESGERICHTSHOFs wiederholt ausgesprochen worden, so für den Fall, daß mehrere Mädchen um die Zeit der Geschlechtsreife geschlechtsbezogene Vorgänge bekunden, die sie vorher unter sich und mit Erwachsenen besprochen haben und von denen sie wissen, daß die Erwachsenen ihnen geschlechtliche Bedeutung beilegen. Hier liegt die Beziehung eines in der Kinderpsychologie besonders geschulten Sachverständigen zur Feststellung etwaiger reifezeit-bedingter Übertreibungen im Interesse der Wahrheitserforschung besonders nahe.³³⁴⁾ Ähnlich ist die Auffassung desselben (1.) Senats in einer späteren Entscheidung³³⁵⁾, wo die Ablehnung eines auf Glaubwürdig-

333) Vgl. STERN, a.a.O., S.27-29 und S.47-53 sowie die behandelten praktischen Prozeßfälle S. 92 ff. Aus der umfangreichen Literatur zur Problematik von Kinderaussagen vgl. weiterhin WEBER in DR 1943,188/89; HÜLLE, S.8 ff. (insb.S.10); BACH; PETERS, a.a.O., insb.S.494 ff.

334) BGHSt 2,164 ff. (1.Senat, Urteil vom 29.Februar 1952). Ganz in diesem Sinne auch das REICHSGERICHT in RG DR 1943,188 Nr.3; vgl. auch RG DJH 1939/40,S.83; RG DJH 1939/40,S.85.

335) Urteil vom 24.Juni 1952, BGHSt 3,27 ff.

keitsprüfung einer kindlichen Zeugin gerichteten Sachverständigenbeweisantrags als Verstoß gegen § 244 IV StPO gewertet wird, obwohl - wie das Urteil ausdrücklich feststellt³³⁶⁾ - die erkennende Strafkammer dem Senat als besonders erfahren in Jugendpsychologie bekannt ist. Die Besonderheiten des Falles erforderten auch für diese erfahrene Jugendkammer die Zuziehung des Fachpsychologen. - Stark einschränkend wird das Erfordernis der Beiziehung eines Sachverständigen zur Vernehmung kindlicher Zeugen in Sittlichkeitsprozessen in einer Entscheidung des 2. Senats vom 13. Juni 1952 beurteilt.³³⁷⁾ Leitsatz und Gründe dieses Urteils erwecken erhebliche Bedenken. Wenn dort ausgeführt wird, daß zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen durch den Tatrichter in der Regel auch dann nicht das Fachwissen eines Sachverständigen erforderlich sei, wenn der Zeuge im Kindes- oder Jugendalter steht und das Opfer eines gegen ihn begangenen Sittlichkeitsverbrechens geworden ist, sondern nur dann, wenn der kindliche oder jugendliche Zeuge besondere aus dem normalen Erscheinungsbild des Jugendalters hervorstechende Züge und Eigentümlichkeiten aufweist, so wird verkannt, daß gerade psychische Abweichungen vom Normalbild bei kindlichen oder jugendlichen Zeugen wegen der "Undurchsichtigkeit der jugendlichen Seele"³³⁸⁾ äußerst schwer feststellbar sind. Gerade um die Zeit der Pubertät entwickelt sich ein "Seelenbinnenleben", das die meisten Gedanken, Gefühle, Wünsche, Träume und Phantasien ganz für sich behält.³³⁹⁾ Die Fragen, die der BGH (a.a.O.) dem Tatrichter als zu prüfende Voraussetzungen für die Notwendigkeit der Sachverständigenbeiziehung nennt, kann dieser zumeist schon gar nicht ohne Hilfe eines Sachverständigen

336) a.a.O., S.28.

337) BGHSt 3, 52 ff.

338) STERN, S.30.

339) STERN, a.a.O.

entscheiden. Das erkennt die bedeutsame Entscheidung des 5.Strafsenats vom 14.Dezember 1954³⁴⁰⁾, wo die Richtigkeit von BGHSt 3, 52 - allerdings ohne ausdrückliche Ablehnung - erkennbar in Zweifel gezogen wird und der Grundsatz erneut und zutreffend betont wird, daß der Richter eben häufig der Sachkunde des Sachverständigen bei der Vernehmung eines kindlichen Zeugen, im dort behandelten Falle eines 7-Jährigen, nicht entraten kann. Dabei stellt das Gericht, um die Überlegenheit der Erkenntnismittel des Sachverständigen darzutun, auch auf einen bisher in der Rechtsprechung des BGH nicht verwendeten Gesichtspunkt ab: Nicht nur auf die regelmäßig bessere Sachkunde des Gutachters wird hingewiesen, sondern auch auf die günstigeren Möglichkeiten, die der Sachverständige durch eine Vernehmung des Kindes a u ß e r h a l b der Hauptverhandlung schaffen kann. Das vertraute Gespräch zu zweit oder höchstens zu dritt, ist manchmal geeignet, eine ganz andere innere Beziehung zwischen dem Kind und dem vernehmenden Sachverständigen zu schaffen, als dies dem vernehmenden Richter in der Hauptverhandlung gelingen könnte, wo das Kind durch die ungewohnte Umgebung leicht eingeschüchtern kann.³⁴¹⁾ Allerdings sind diese Überlegungen de lege lata nicht frei von Bedenken. Der Richter darf nach dem geltenden Rechtszustand dem Sachverständigen keinesfalls die vollständige und eigenverantwortliche Vernehmung von Zeugen übertragen, vielmehr ist der Sachverständige nach § 80 II StPO auf ein Recht zur T e i l n a h m e an einer r i c h t e r l i c h e n V e r n e h m u n g beschränkt.³⁴²⁾ Das vom BGH vorgeschlagene Gespräch "zu zweit oder höchstens zu dritt" muß deshalb ein Gespräch m i n d e s t e n s

340) BGHSt 7, 82 ff.

341) BGH, a.a.O., S.83.

342) SCHMIDT II, § 80 Nr.1, vgl. unten S.159, 160.

zu dritt sein, nämlich unter Anwesenheit des Untersuchungs- oder Ermittlungsrichters. Auch darf die "Vernehmung" des Kindes durch den Richter im Beisein des Gutachters nicht eine getarnte Sachverständigenuntersuchung des kindlichen Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit sein, denn diese zu dulden ist ein Zeuge, auch ein kindlicher Zeuge, nicht verpflichtet.³⁴³⁾ Gerade in dieser Hinsicht sind Mißbräuche in der Praxis nicht selten. Der Sachverständige muß sich gleich dem Richter in der Vernehmung darauf beschränken, Fragen zu stellen und allgemein aus dem Inhalt und der Art und Weise der Fragebeantwortung, aus den dabei geäußerten psychischen Reaktionen die Glaubwürdigkeit des kindlichen Zeugen zu beurteilen; darüber hinausgehende Tests und psychologische Experimente hat die Strafprozeßordnung ohne Einwilligung (des Kindes bzw. bei dessen mangelnder Reife des Personensorgeberechtigten) nicht vorgesehen.³⁴⁴⁾

Daß keinesfalls eine mehrtägige Ausforschung und Beobachtung in einer geschlossenen Anstalt, jedenfalls nicht ohne ausdrückliche Einwilligung des Erziehungsberechtigten, stattfinden dürfen, hätte das Urteil zur Vermeidung von irrigen Vorstellungen über das Ausmaß der dem Sachverständigen verfügbaren zulässigen Erkenntnismittel ausdrücklich betonen sollen. BOCKELMANN³⁴⁵⁾ berichtet von einem geradezu unglaublichen Fall der Überschreitung der Untersuchungsbefugnisse gegenüber einem kindlichen Zeugen:

343) § 81 c StPO; Beschluß des OLG Hamm vom 29.6.56, JMBINRW 1957, 45/6; PETERS, § 40 II 1, S.254.

344) BOCKELMANN, S.331/2; PETERS, a.a.O.

345) BOCKELMANN, S.331, Fußnote 37.

Ein Junge, der als Zeuge in einem Sittlichkeitsprozeß den Angeklagten belastet hatte, wurde auf Betreiben der Verteidigung durch Mittelsmänner unter dem Vorgeben, er solle zur Erholung weggeschickt werden, seiner Mutter weggenommen und ohne deren Wissen in ein tiefenpsychologisches Institut gebracht. Dort wurde er mehrere Wochen (!) auf seine Glaubwürdigkeit beobachtet und untersucht.

Bedenklich ist es auch, daß der BGH die Überlegenheit der Erkenntnismittel eines psychologischen Gutachters darin sieht, daß dieser das Kind zu günstigen Tageszeiten unvermutet zur Vernehmung abholen lassen kann, um eine günstigere Vernehmungssituation zu schaffen und die Beeinflussungsmöglichkeiten auszuschalten³⁴⁶⁾, die sich angesichts der unvermeidlichen Wartezeiten und "Zeugenkolloquien" auf den Fluren der Gerichtsgebäude vor den Vernehmungen in der Hauptverhandlung notwendigerweise ergeben. Es wird hier nicht genügend deutlich gemacht, auf welche Rechtsgrundlage die "Abholung" zur Vernehmung gestützt sein soll. Eine Vorführungsbefugnis ergibt sich nur unter den Voraussetzungen des § 51 I StPO, wenn ein Zeuge zur richterlichen Vernehmung nicht erscheint.³⁴⁷⁾ Eine "Abholung" des kindlichen Zeugen ist also nach dem gegenwärtigen Rechtszustand nicht mit jener Selbstverständlichkeit zulässig, wie die Ausführungen des Urteils glauben machen, sondern nur, wenn entweder der Erziehungsberechtigte in die Abholung und Vernehmung einwilligt, oder zwangsweise, wenn der kindliche Zeuge nach ordnungsgemäßer Ladung zur Vernehmung vor dem Richter (in Anwesenheit des

346) BGH, a.a.O., S.84.

347) SCHMIDT II, § 51 Nr.1; TILLMANN in LOEWE/ROSENBERG, § 51 Anm.3.

Sachverständigen) nicht erscheint. - Außerdem hat der BGH bei der Erörterung der zusätzlichen Erkenntnismöglichkeiten, die sich für den Sachverständigen aus einer körperlichen Untersuchung des kindlichen Zeugen ergeben, die starken Beschränkungen der Zulässigkeit körperlicher Untersuchungen durch § 81 c StPO³⁴⁸⁾ mit keinem Wort erwähnt.³⁴⁹⁾ ³⁵⁰⁾

Man kann geteilter Meinung darüber sein, ob diese de lege lata bedenklichen Ausführungen brauchbare Anregungen de lege ferenda bieten. M.E. wird schon der geltende Rechtszustand den Bedürfnissen zuverlässiger Wahrheitsfindung bei Vernehmungen kindlicher Zeugen gerecht. Wenn eine Vernehmung eines kindlichen Zeugen noch sehr jungen Alters außerhalb der Hauptverhandlung durch einen ärztlichen oder psychologischen Sachverständigen als zur Wahrheitsermittlung besser geeignet erscheint als die richterliche Vernehmung in der Hauptverhandlung, so kann eine Vorladung zur richterlichen Vernehmung erfolgen (bei Nichtbefolgung zwangsweise Vorführung) und dann dem Sachverständigen entsprechende Gelegenheit gegeben werden, Fragen an das Kind zu stellen. Daß die Anwesenheit des Richters das Entstehen einer günstigen Vernehmungssituation zwischen Gutachter und dem Kind

348) Vgl. oben S.60 ff.

349) Vgl. zum Ganzen auch die kritischen Anmerkungen von BOCKELMANN, S.331 ff. zu BGHSt 7, 82 ff.

350) Ein in so weitem Umfang mit der Tataufklärung befaßter Gutachter würde auch allzu leicht psychologisch überfordert und in die Rolle eines polizeilichen oder staatsanwaltlichen Ermittlungsorgans gedrängt; vgl. dazu unten S.136/7 und Fußn. 423) mit kritischer Anmerkung gegen UNDEUTSCH bei PONSOLD, S.210.

verhindern kann, ist wohl nicht anzunehmen. Die Anwesenheit des Richters sorgt für die Einhaltung der rechtlichen Erfordernisse, insbesondere die Beachtung der Schranken der Wahrheitsfindung bei körperlichen Untersuchungen und eventuellen Tests (§§ 81 c, 136 a, 69 III StPO). Außerdem kann der Richter durch seine, wegen seiner geringeren Sachkunde notwendigerweise dezente und zurückhaltende, aber unter keinen Umständen entbehrliche Leitung der Vernehmung sicherstellen, daß der Sachverständige auf die ihm zukommenden Kompetenzen beschränkt wird und nicht in eine überragende Stellung gegenüber einem in seinen EntschlieBungen unfrei gewordenen Richter gerät.³⁵¹⁾ Die außerhalb der Hauptverhandlung gemachten Bekundungen des Kindes können unbedenklich über die Aussage des Sachverständigen in der Hauptverhandlung für die dortige Beweisaufnahme verwertet werden. Soweit der Sachverständige allerdings über Tatsachen berichtet, die er nicht mit Hilfe seiner besonderen Sachkunde festgestellt hat, muß insoweit auch das Kind als Zeuge in der Hauptverhandlung zum Zwecke der unmittelbaren Beweiserhebung gehört werden.³⁵²⁾ § 251 StPO verbietet nicht grundsätzlich die Anhörung einer Aussageperson vom Hörensagen neben dem Originalzeugen, ja nicht einmal anstelle des Originalzeugen, sondern nur die Ersetzung der Aussage durch die Verlesung des Protokolls über eine frühere richterliche Vernehmung.³⁵³⁾ Entscheidend kommt es immer darauf an, welches Beweismittel der Wahrheitsfindung am besten dient.

351) Zu den Gefahren einer Abhängigkeit des Richters von den EntschlieBungen des Gutachters siehe unten S.139 ff.

352)BGHst 13,1 ff. (3,4); vgl. eingehend S.177 ff. mit Stellungnahme zur BGH-RECHTSPRECHUNG und weiteren Literaturnachweisen.

353)Unten S. 174/5.

Eine über diesen Umfang hinausgehende Exploration kindlicher Zeugen für die Zwecke der Beweisaufnahme der Hauptverhandlung kann - wie schon gesagt - de lege lata nicht erzwungen werden. De lege ferenda erscheint es nicht wünschenswert, die Untersuchungs- und Vernehmungsbefugnisse gegenüber kindlichen Zeugen zu erweitern, insbesondere durch eine § 81 StPO entsprechende Bestimmung eine mehrtägige Untersuchung mit Beobachtung kindlicher Zeugen in einer Anstalt zum Zwecke der Glaubwürdigkeitsprüfung zuzulassen. Selbst wenn man von der Anstaltsuntersuchung eine entscheidende Vergrößerung der Beurteilungsmöglichkeiten erwarten dürfte, müßte man einen solch weitgehenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte auch eines kindlichen Zeugen als durch die staatliche Zeugnispflicht nicht mehr gerechtfertigt ansehen. Eine zu weitgehende Untersuchung von Zeugen über ihre Zuverlässigkeit, Aussagetüchtigkeit, Wahrheitsliebe usw. erstrebt letztlich das Ziel eines charakterlichen Wert- oder Unwerturteils und kann damit zu einer "Umkehrung des Prozesses" führen. Plötzlich steht dann z.B. nicht mehr der wegen Verführung einer Minderjährigen (§ 182 StGB) angeklagte Täter im Mittelpunkt der moralischen Entrüstung der am Prozeß Anteil nehmenden Öffentlichkeit, sondern die, gerade in Sittlichkeitsprozessen stets sehr exponierte, minderjährige Zeugin, deren "Unbescholtenheit" nach umfangreichen Sachverständigenvernehmungen und Untersuchungen in Frage gestellt ist. Eine solche Sachaufklärung mißachtet die Persönlichkeitsrechte des nicht unter Anklage gestellten Zeugen und ist insbesondere gegenüber kindlichen und jugendlichen Zeugen wegen ihrer seelischen Empfindsamkeit unverantwortlich. Falls eine Aufklärung der Tatumstände auf andere Weise nicht mög-

lich ist, muß unter Verzicht auf restlose Aufklärung gegebenenfalls in dubio pro reo freigesprochen werden.

In m e d i z i n i s c h e n Fragen ist der Richter ebenfalls grundsätzlich gehalten, einen Sachverständigen beizuziehen. Ohne Sachverständigen kann er aber solche Fragen beurteilen, die nur mit Hilfe eines medizinischen Allgemeinwissens hinreichend sicher beurteilbar erscheinen. So hat der Bundesgerichtshof dem Richter zugestanden, auch ohne medizinisches Sonderwissen die Frage nach den Wirkungen des Alkoholgenusses und des dadurch bedingten Nachlassens der Leistungsfähigkeit nur auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung zu beurteilen.³⁵⁴⁾ Hingegen erfordert die zuverlässige Beurteilung eines altersbedingten Nachlassens der geistigen, körperlichen und seelischen Kräfte regelmäßig die Beiziehung eines Facharztes, da es sich hier häufig um schwierige psychiatrische Wertungsfragen handelt.³⁵⁵⁾

Die B e u r t e i l u n g t e c h n i s c h e r F r a g e n kann je nach Sachlage die Zuziehung von Sachverständigen erfordern. Ein Richter, der regelmäßig in seinen Prozessen mit technischen Fragen eines bestimmten Fachgebietes befaßt ist, kann sich je nach Schwierigkeit der Materie eigene Sachkunde zutrauen, so etwa ein Verkehrsrichter in technischen Fragen des Kraftfahrzeugwesens.³⁵⁶⁾ Doch ist auch hier vorsichtige und kritische Selbsteinschätzung unbedingt nötig. Es gibt auch für die erfahrensten Verkehrsspezialisten unter den Richtern Fachfragen, in denen ihre Sachkunde nur ausnahmsweise Vertrauen verdient, so z.B. bei der Bestimmung

354) BGHVRS 6, 148 Nr.66.

355) Vgl. KOESTER, S.71 ff.

356) ALSBERG/NÜSE, S.253/4.

des Bremsweges³⁵⁷⁾, bei der Ermittlung der Fahrgeschwindigkeit aus der Bremsspur³⁵⁸⁾ oder bei Schlußfolgerungen aus den am Unfallfahrzeug entstandenen Unfallschäden³⁵⁹⁾.

Die angegebenen Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung der Revisionsgerichte genügen, die Anwendung der aufgezeigten Grundsätze auf praktische Fälle zu demonstrieren. Ist damit das Maß der zur Ablernung von Sachverständigenbeweisanträgen erforderlichen richterlichen Sachkunde umrissen, drängt sich die Frage auf, ob bei Kollegialgerichten die Sachkunde notwendig bei allen Mitgliedern des Gerichts vorhanden sein muß. -

In Rechtsprechung und Literatur sind die Meinungen geteilt. Das REICHSGERICHT vertrat die Auffassung, daß die Sachkunde nur bei der Gerichtsmehrheit erforderlich sei, denn es hielt die Ablehnung eines Antrages auf Sachverständigenvernehmung mit einfacher Mehrheit für zulässig.³⁶⁰⁾

Der BUNDESGERICHTSHOF ist noch weiter gegangen. Nach einer zunächst gemäßigten Stellungnahme in einem Urteil vom 29. Februar 1952 (die "Sachkunde braucht nicht notwendig bei allen Richtern in demselben Maße vorhanden zu sein")³⁶¹⁾ ist in einer späteren Entscheidung³⁶²⁾

357) BGH VRS 3,258 (259) Nr.101; OLG Bremen VRS Bd.3,414; KG VRS 11,217 (218) Nr.90.

358) Bayer.ObLG DAR 1956, 165 Nr.101; OLG Düsseldorf VRS 3,362 Nr.143.

359) OLG Hamm VRS 7,131 Nr.60.

360) RG Recht 1925,247 Nr.812; zustimmend GEIER in LOEWE/ROSENBERG, § 244 Anm.25 b.

361) BGHSt 2,164 (165); zustimmend KMR § 244 Anm.18.

362) Urteil vom 10. Juli 1958.

der sehr weitgehende Standpunkt vertreten worden, es genüge, wenn nur einer (!) oder mehrere zum Spruchkörper gehörende Richter die erforderliche Sachkunde besäßen.³⁶³⁾ In der Literatur ist die Frage bisher nicht von allen Autoren aufgegriffen worden. Soweit sie aber behandelt wurde, ist, von der in Fußnote 361 zitierten Meinung abgesehen, unter Ablehnung der Rechtsprechung das Erfordernis der Sachkunde bei allen Richtern betont worden.³⁶⁴⁾

Die von PETERS³⁶⁵⁾ vorgebrachten Argumente überzeugen. Es muß unbedingt vermieden werden, daß die richterliche Überzeugungsbildung der nicht sachkundigen Richter des Kollegiums auf Ausführungen des sachkundigen Mitglieds in der geheimen Urteilsberatung zurückgeht. Der sachkundige Richter könnte sonst allzu leicht eine überragende Stellung gegenüber den anderen gewinnen und zum eigentlichen "auctor" des Urteils werden, was der Idee des Kollegialgerichts widerspräche. Allerdings ist zu betonen, daß eine gewisse Unterschiedlichkeit in dem Maß der Sachkunde bei Kollegialgerichten unvermeidlich ist, namentlich wenn es sich um mit Laien besetzte Gerichte handelt. Solange die in der Sachkunde unterlegenen Richter das zum Verständnis der betreffenden Fachfrage erforderliche "Mindestmaß" an Wissen besitzen, besteht noch nicht das bedenkliche Übergewicht des mit reichhaltigerem Spezialwissen gerüsteten Mitglieds. Soweit der nicht eindeutige Wortlaut in BGHSt 2,165,

363) BGHSt 12,18 (19) = BGH NJW 1958,1596 Nr.15.

364) So PETERS, § 43 III 5, S.285; ALSBERG/NUSE, S.256; TILLMANN in LOEWE/ROSENBERG, § 73 Anm.4 im Widerspruch zu GEIER in der gleichen Auflage des Kommentars (!) (§ 244 Anm.25 b); STÜTZEL, S.79 Anm.20.

365) a.a.O.

wonach die Sachkunde "nicht notwendig bei allen Richtern in dem gleichen Maße vorhanden zu sein braucht", in diesem Sinne aufgefaßt sein sollte, ist der Entscheidung zuzustimmen.

Nachdem nunmehr alle Voraussetzungen genannt sind, unter denen der Einzelrichter oder das Kollegialgericht dem Begehren eines Prozeßbeteiligten auf Zuziehung eines Sachverständigen nicht zu entsprechen braucht, bleibt abschließend zu erörtern, wann ein Antrag auf Vernehmung eines weiteren Sachverständigen ablehnbar ist. Der Richter ist gegenüber einem solchen Antrag freier gestellt. Ihm ist sogar eine antizipierte Beweiswürdigung gestattet, denn er kann von der Zuziehung eines weiteren Gutachters absehen mit der Begründung, er sei auf Grund des Erstgutachtens schon vom Gegenteil der behaupteten Tatsache überzeugt.³⁶⁶⁾ Die Überzeugung des Richters als das subjektive "Fürwahrhalten ohne Zweifel"³⁶⁷⁾ darf dabei, wie schon früher herausgestellt³⁶⁸⁾, nicht das Ergebnis eines dunklen Gefühlsprozesses sein, sondern muß sich unter Anwendung der generalisierenden Erkenntnismethode aus der Verwertung allen für die Erkenntnis förderlichen Materials ergeben. Das Gericht genügt seiner durch die §§ 155 II, 244 II StPO normierten Wahrheitserforschungspflicht nicht, wenn es seine Beweisüberzeugung einer schmaleren Beurteilungsgrundlage entnimmt, obgleich weitere Erkenntnismittel zur Verfügung standen und nach Sachlage durch deren Beiziehung eine bessere Sachaufklärung nicht ausgeschlossen erschien. Es ist deshalb nur selbstverständlich und hätte einer ausdrücklichen Normierung nicht einmal bedurft, wenn das Gesetz das Ablehnungs-

366) § 244 Abs.4, S.2,1.Halbs.StPO.

367) HENKEL, § 97 II, S.405.

368) Siehe oben S.33/34 zur Methode der prozessualen Tatsachenfeststellung.

recht des Richters für den Fall verneint, daß die Sachkunde des früheren Gutachters zweifelhaft ist oder sein Gutachten von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, wenn das Gutachten Widersprüche enthält oder der neue Gutachter über Forschungsmittel verfügt, die denen eines früheren Gutachters überlegen erscheinen.³⁶⁹⁾ In allen vom Gesetz aufgezählten Fällen erscheint es nicht ausgeschlossen, daß die Mitwirkung eines weiteren Sachverständigen eine bessere Sachaufklärung bewirkt und somit für die Gewinnung der richterlichen Überzeugung eine breitere und zuverlässigere Beurteilungsgrundlage schafft.

Diese Hoffnung auf bessere Sachaufklärung durch ein zweites Gutachten erweist sich besonders auch dann als begründet, wenn Zweifel an der Sachkunde des Erstgutachters aufgetaucht sind. Je spezieller die aufgeworfenen Fachfragen sind, desto mehr besteht für das Gericht Anlaß, die Sachkunde eines Gutachters anzuzweifeln, der nur eine allgemeine, nicht aber eine spezielle Sachausbildung auf dem fraglichen Gebiet aufweisen kann. So wird das Gericht häufig dem Wissen des Amtsarztes oder des Gerichtsmediziners nicht trauen können, wenn zur Beurteilung komplizierter chirurgischer Operationen der Antrag auf Vernehmung eines erfahrenen Chirurgen gestellt ist, der selbst zahlreiche Operationen der zu beurteilenden Art ausgeführt hat.³⁷⁰⁾ Ebenso kann die Zurechnungsfähigkeit von Hirnverletzten in der Regel nur der Hirnfacharzt zuverlässig beurteilen.³⁷¹⁾ Bei widerstrebenden wissenschaftlichen Auffassungen können sich Zweifel an der Sachkunde des Gutachters ergeben, wenn es diesem nicht gelingt, neben einer überzeugenden Begründung

369) § 244 Abs.4 Satz 2 2.Halbs.StPO.

370) SCHMIDT II, § 244 Nr.7o.

371) BGH LM Nr.2 zu § 244 IV.

der eigenen Ansicht die anderen in der Wissenschaft vertretenen Meinungen ebenso überzeugend zu widerlegen.³⁷²⁾

Im besonderen Falle kann auch einmal die Fachkunde des versiertesten Fachspezialisten unzureichend sein und der Ergänzung durch einen Gutachter bedürfen, der zwar über weniger Fachwissen verfügt, dafür aber mit der beruflichen Situation des Angeklagten besser vertraut ist. Was ein ohne klinische Hilfsmittel und Untersuchungsmethoden arbeitender Landarzt in einem bestimmten Falle zu leisten vermag, kann der in ähnlicher Berufssituation wie der Angeklagte arbeitende Allgemeinpraktiker besser beurteilen als der Leiter einer modernen Klinik.³⁷³⁾

Bieten die Ausführungen des Sachverständigen keinen Anlaß, an seiner Sachkunde zu zweifeln, und ist auch eine Überlegenheit der Erkenntnismittel anderer sachkundiger Personen nicht festzustellen, so kann ein Antrag auf Vernehmung eines weiteren Gutachters selbst dann abgelehnt werden, wenn das Gegenteil der im Beweisantrag behaupteten Tatsache noch nicht zweifelsfrei erwiesen ist, wie der Wortlaut des § 244 Abs.4 Satz 2 StPO verlangt. Hat der Richter aus den Ausführungen der bisher erstatteten Gutachten die begründete Überzeugung gewonnen, daß die bestehen gebliebenen Zweifelsfragen des Gutachtenthemas auch durch weitere Gutachten nicht aufklärbar sind, muß man ihm ein Ablehnungsrecht aus eigener Sachkunde (soweit diese evident ist³⁷⁴⁾) zubill-

372) Vgl. OLG HAMM NJW 1953, 1077.

373) SCHMIDT II, § 244 Nr.71.

374) s.o.S. 102.

ligen.³⁷⁵⁾ Anderenfalls ergäbe sich die absurde Konsequenz, daß das Gericht in dem sicheren Bewußtsein, seiner Aufklärungspflicht aus § 244 Abs.2 StPO genügt zu haben, den Beweisanträgen auf Vernehmung weiterer Sachverständiger so lange entsprechen müßte, bis sich aus den Umständen (wiederholtes Nichterreichen des in Aussicht gestellten Beweisergebnisses) die Verschleppungsabsicht des Antragstellers ergäbe und aus d i e s e m Grunde Ablehnung erfolgen könnte.

Die sonstigen vom Gesetz genannten Gründe, die die Ablehnung eines auf Vernehmung eines weiteren Sachverständigen gerichteten Beweisantrages hindern, nämlich unzutreffende Gutachtenvoraussetzungen, Widersprüche im Gutachten und überlegene Forschungsmittel des vorgeschlagenen Zweitgutachters, bedürfen keiner näheren Erläuterung. In allen diesen Fällen besteht die naheliegende Möglichkeit, daß durch ein zweites Gutachten eine bessere Sachaufklärung erfolgt.

II. Die Einführung von Amts wegen

Aus den §§ 155 II, 244 II StPO ergibt sich die "Wahrheitserforschungspflicht" des Gerichts. Soweit Beweisanträge nicht gestellt sind oder die Vornahme der bean-

375) Ebenso BGHSt 3,169 (173-175); SCHMIDT II, § 244 Nr.73; vgl. auch KMR § 244 Nr.19; zum gleichen Ergebnis kommt MEYER, Beweisanträge, S.616 ff., der der Sache nach mit einem Verbrauch des Beweiserhebungsanspruchs operiert.

Die von MEYER auf S.619 zur Rechtfertigung seiner eigenen Begründung aufgestellte Behauptung, die eigene Sachkunde des Gerichts könne als Grund für die Ablehnung von Beweisanträgen auf Vernehmung w e i - t e r e r Sachverständiger nicht herangezogen werden, bleibt unbewiesen. Es ist nicht ersichtlich, wieso der Gesetzgeber in § 244 IV 1 StPO "offensichtlich" (?) nur die Bescheidung eines ersten Antrags auf Sachverständigenvernehmung gemeint haben sollte.

tragten Beweiserhebungen nicht ausreicht, den für eine prozessuale Entscheidung bedeutsamen Sachverhalt restlos zu klären, hat das Gericht von Amts wegen die nötigen Ermittlungen vorzunehmen und, soweit aus dem Erkenntniszweck geboten, die verfügbaren Beweismittel zu verwerten. Nicht immer erfordert der Erkenntniszweck praktischer Strafjustiz die **r e s t l o s e** Aufklärung des Sachverhalts. Reicht zum Beispiel die Beweiserhebung zu einem Freispruch der Sache nach aus (weil schon der objektive Tatbestand der Straftat nicht sicher nachweisbar ist), so verbietet sich eine weitere Erhebung über die Zurechnungsfähigkeit, auch wenn erhebliche Verdachtsmomente auf eine Geisteskrankheit des Angeklagten hindeuten. Die Aussicht auf einen "weitergehenden" Freispruch "wegen erwiesener Unschuld" rechtfertigt nicht die Ausdehnung der Ermittlungen. Die zur Feststellung der Unzurechnungsfähigkeit erforderlichen Untersuchungen (eventuelle Enzephalographie)³⁷⁶⁾, wie auch deren Ergebnis ("Jagdschein")³⁷⁷⁾ würden den Angeklagten unangemessen und **u n n ö t i g** belasten.

Die Beiziehung eines Sachverständigen von Amts wegen kann für jedes Verfahrensstadium in Frage kommen. Sie **m u ß** erfolgen, wenn der dem Gericht bekannte Sachverhalt zur Benutzung dieses Beweismittels drängte oder diese zumindest nahelegte.³⁷⁸⁾ Eine Beiziehung eines oder eventuell mehrerer Sachverständiger ist noch nicht deshalb geboten, weil vorgenommene Beweiserhebungen Zweifel offengelassen haben; vielmehr kann Anlaß zu einer Entscheidung "in dubio pro reo" bestehen, wenn das Gericht sich sagen darf, daß auch die Beiziehung eines Sachverständigen (bzw. eines weiteren Sachverständigen) nach der besonderen Lage des Falles keine weitere, restlose Aufklärung verspricht.³⁷⁹⁾ Maß das Gericht hingegen annehmen, daß die Beiziehung eines Sachverständigen

376) Vgl. S.55 ff.

377) S.57.

378) BGHSt 3,169 (175); BGHSt 1,94; BGH LM Nr.1 zu § 244 II; BGH NJW 1951,283.

379) BGHSt 3,169 (175).

geeignet ist, bestehende Zweifel zu beseitigen oder zu besseren und sichereren Beweisergebnissen zu kommen, auch wo das bisher Ermittelte schon auszureichen scheint, verstößt die Nichterhebung des Sachverständigenbeweises gegen § 244 II StPO. Das Gericht darf sich nicht damit beruhigen, eine bestimmte zulässige Maßnahme angeordnet zu haben, wenn die Möglichkeit besteht, mit einer weiteren zu noch zuverlässigeren Ergebnissen zu gelangen.³⁸⁰⁾

Danach hat das Gericht einen Sachverständigen von Amts wegen stets dann beizuziehen, wenn dessen Mitwirkung eine bessere Sachaufklärung und Erkenntnis verspricht, Das ist regelmäßig der Fall, wenn die eigene Sachkunde des Richters nicht ein solches Maß erreicht, das zur Ablehnung eines Sachverständigenbeweisantrages berechtigen würde.³⁸¹⁾ Auch hier kann die eigene Sachkunde nur nach dem Maße ihrer E v i d e n z die Nichtzuziehung eines Sachverständigen rechtfertigen³⁸²⁾; anderenfalls wäre es dem Revisionsgericht nicht möglich zu prüfen, ob die Nichtzuziehung des Sachverständigen wegen eigener Sachkunde gegen § 244 II StPO verstößt.

In besonderen Fällen ordnet das Gesetz zwingend die Zuziehung von Sachverständigen an, so bei der richterlichen Leichenschau³⁸³⁾, der Leichenöffnung³⁸⁴⁾, bei Verdacht einer Vergiftung³⁸⁵⁾ und bei der Prüfung suspekten Geldes.³⁸⁶⁾

380) Vgl. GEIER in LOEWE/ROSENBERG, § 244 Nr.6a; BGHSt 1, 94 (96).

381) Welches Maß eigener Sachkunde den Richter zu einer Entscheidung ohne Sachverständigen unter Ablehnung eines Sachverständigenbeweisantrages berechtigt, war oben (S.94 ff.) eingehend dargelegt; über die Sachkunde bei Kollegialgerichten S.116ff.

382) Oben a.a.O. (Fußn.381).

383) § 87 StPO.

384) § 87 StPO.

385) § 91 StPO.

386) § 92 StPO.

III. Die Einführung präsenter sachkundiger Aussagepersonen

Ist eine sachkundige Aussageperson zur Hauptverhandlung v o r g e l a d e n u n d e r s c h i e n e n , so ist sie durch das Gericht als Sachverständiger zu vernehmen, wenn Staatsanwaltschaft oder Angeklagter auf einer solchen Vernehmung bestehen.³⁸⁷⁾ Die StPO gibt dem Angeklagten das Recht der unmittelbaren Ladung auch ohne vorherigen Beweisantrag sowie nach Ablehnung eines solchen.³⁸⁸⁾ - Streitig ist, ob förmliche Ladung durch den Gerichtsvollzieher gem. § 38 StPO nötig ist, um die Vernehmungspflicht des Gerichts hinsichtlich präsenter Aussagepersonen nach § 245 StPO auszulösen, oder ob vielmehr dazu auch einfaches Herbeischaffen zur Hauptverhandlung genügt. Die herrschende Meinung bejaht das Erfordernis förmlicher Ladung³⁸⁹⁾. Sie hat ein beachtliches Argument im Wortlaut der gesetzlichen Regelung über die Verwertung präsenter Beweismittel, da in § 245 StPO von "vorgeladenen" personellen Beweismitteln die Rede ist und in § 222 Abs.2 StPO zwischen "unmittelbar geladenen" und "zur Hauptverhandlung zu stellenden Zeugen" ausdrücklich unterschieden wird. Indessen berücksichtigt diese formalistische Wortlautinterpretation³⁹⁰⁾ nicht genügend die ratio der Regelung, die zum Schutze des Angeklagten gegen eine unzulängliche Sachaufklärung eines nachlässigen Gerichts geschaffen wurde. Zu Recht stellt die Gegenauffassung, die die bloße Herbeischaffung genügen läßt³⁹¹⁾, fest, daß der

387) § 245 StPO.

388) § 220 StPO.

389) SCHMIDT II, § 245 Nr.5 und § 220 Nr.2; GEIER in LOEWE/ROSENBERG, § 245 Nr.5; KMR § 245 Nr.2; SCHWARZ, § 220 Anm.1 und § 245 Anm.1 A a.

390) Besonders krass BGHNJW 1952, 836.

391) ALSBERG/NÜSE, S.491 ff.; SIMADER, S.69 ff.; zweifelnd, ohne abschließende Stellungnahme, DITZEN, S.20 Anm.1.

Angeklagte durch die Auslegung der h.M. unangemessen in der Verteidigung beschränkt würde. Da die Ladung durch StA und Gericht nach der Gerichtspraxis auch als formlose Mitteilung, z.B. telefonisch oder brieflich³⁹²⁾, oder gar erst durch mündliche Aufforderung in der Hauptverhandlung³⁹³⁾ erfolgen kann, ergäbe sich für den Angeklagten eine sachlich nicht gerechtfertigte Schlechterstellung gegenüber den Strafverfolgungsorganen, wenn man für die von ihm auszuführenden Ladungen eine förmliche Ladung erfordern würde und die bloße Herbeischaffung der personellen Beweismittel nicht genügen lassen würde, um die Verwertungspflicht nach § 245 StPO auszulösen. Gerade diese Folgerung widerspricht dem Sinn der gesetzlichen Regelung.³⁹⁴⁾ Ist eine bei Fehlen förmlicher Ladung nicht zum Erscheinen verpflichtete Aussageperson freiwillig in der Hauptverhandlung erschienen, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht durch die Verwertung ihrer Aussage dem Wahrheitsprinzip Rechnung getragen werden sollte. Der Gefahr mißbräuchlicher Benutzung dieser Beweismöglichkeiten durch einen Angeklagten, der den Zuschauer-raum zu einem "Reservelager präserter Beweismittel" zu machen versucht, kann durch Ablehnung der Beweiserhebung wegen Verschleppungsabsicht³⁹⁵⁾ begegnet werden. Viele Autoren der h.M. entkräften selbst die Überzeugungskraft ihrer Argumentation, indem sie einmal betonen, der Gesetzgeber habe mit "vorgeladen" in § 245 StPO eine förmliche Ladung im technischen Sinne bezeichnen wollen, indem sie aber andererseits in § 325 StPO

392) RGSt 40, 138 (140).

393) RGSt 35, 232.

394) Vgl. HAHN, Mat.II 1582/3.

395) § 245 StPO.

denselben Terminus erweiternd auslegen und die Verletzung von Vernehmungsprotokollen auch dann für unstatthaft erklären, wenn die Zeugen nicht förmlich geladen, aber zur Hauptverhandlung herbeigeschafft sind.³⁹⁶⁾

Die Bedeutung der Regelung über die Verwertung präsentierter Beweismittel liegt - wie schon angedeutet - in der Schutzfunktion zugunsten des Angeklagten. Sie sichert ihn z.B. gegen einen Freispruch mangels Beweises, wo die Ausschöpfung weiterer vorhandener Beweismittel zur Herbeiführung eines weitergehenden Freispruchs geeignet wäre.³⁹⁷⁾ Der naheliegenden Mißbrauchsgefahr der Bestimmung ist durch die Ausschlußgründe zu begegnen. Gehört das in Aussicht genommene Gutachtenthema nicht zur Sache, betrifft es "völlig heterogene Umstände", so ist die Beweiserhebung unzulässig und abzulehnen.³⁹⁸⁾ Der Verwendung des als präsentiertes Beweismittel beigebrachten Gutachters darf auch kein Beweisverbot entgegenstehen.³⁹⁹⁾ Ein Beweisverbot kann sich, wie oben ausgeführt⁴⁰⁰⁾, auf das Beweisthema, das Beweismittel und die Beweis-methode beziehen. - Auch der Prozeßverschleppung darf das Beweismittel nicht dienen.⁴⁰¹⁾ Letztlich wird einem Mißbrauch der Regelung über die präsentierten Beweismittel auch dadurch vorgebeugt, daß § 245 StPO nur auf den

396) KMR § 325 2b aa) (3); SCHWARZ, § 325 Anm.1 B; JAGUSCH in LOEWE/ROSENBERG, § 325 Anm.3 b; SCHMIDT II, § 325 Anm.10; letzterer scheint die Inkonsequenz seiner Auffassung empfunden zu haben, wie sich aus seiner vorsichtigen und zweifelnden Formulierung wohl ablesen läßt.

397) PETERS, § 38 IV 1 c, S.244.

398) Vgl. RGSt 45, 138 (141) und RGSt 65, 304 (305).

399) SCHMIDT II, § 245 Nr.2.

400) S. 88- 90.

401) RGSt 65, 304 (305/6).

Strengbeweis bezogen wird, d.h. die beigebrachten Beweismittel, die Schuldfrage oder die strafrechtlichen Unrechtsfolgen betreffen müssen, soll der Beweiserhebungszwang für das Gericht ausgelöst werden.⁴⁰²⁾

B. Das Verhältnis des Sachverständigen zu den anderen Prozeßbeteiligten

Bei der Erarbeitung des Sachverständigenbegriffes war der Sachverständige als Richtergehilfe charakterisiert⁴⁰³⁾, dem die Aufgabe zufällt, dem Richter "Denkhilfe" zu sein.⁴⁰⁴⁾ Von dieser Zweckfunktion her beantwortet sich auch die Frage nach der Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß. Das Verhältnis des Gutachters zu den anderen, nichtrichterlichen Prozeßbeteiligten darf stets nur eine solche Ausgestaltung erfahren, die dieser "Grundaufgabe" nicht widerspricht. Der Sachverständige im technischen Sinne, das heißt nach Erteilung des richterlichen Gutachtenauftrags⁴⁰⁵⁾, darf die Belange der Staatsanwaltschaft, Polizei, des Angeklagten, Neben- oder Privatklägers immer nur insoweit vertreten, als er dazu in seiner Stellung als Richtergehilfe berechtigt oder gar verpflichtet ist. In der praktischen Durchführung ist diese Forderung oft nicht leicht zu erfüllen.

402) ALSBERG/NÜSE, S.511/2.

403) S. 9 / 10.

404) Vgl. näher S. 13/14.

405) O.S. 15/16.

Der Sachverständige steht inmitten eines Spannungs- und Kräftefeldes, das sich aus der oft gegensätzlichen Interessenwahrnehmung der Prozeßbeteiligten ergibt.⁴⁰⁶⁾ Es besteht unter diesen Umständen die Möglichkeit, daß er von den vielfachen Widerständen gegen den ordnungsgemäßen Prozeßablauf nicht unbeeinflusst bleibt und äußerstenfalls völlig auf die Seite eines Prozeßbeteiligten gezogen wird. Diese Entwicklung liegt besonders dann nahe, wenn der Sachverständige durch den Angeklagten "beauftragt" wurde, "für ihn" ein Gutachten zu erstatten, also seine Beiziehung durch den Richter auf die Initiative des Angeklagten, auf einen von ihm gestellten Beweis Antrag erfolgte. Aber auch die von Polizei und Staatsanwaltschaft genannten Sachverständigen können in einer verhängnisvollen Abhängigkeit und Einseitigkeit stehen, wie im Folgenden noch am Beispiel des Rohrbach-Prozesses zu zeigen ist. - Eine einseitige parteiliche Stellungnahme ist mit der Richtergehilfenrolle schlechterdings unvereinbar. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Verpflichtung des Sachverständigen zur Unparteilichkeit findet sich in § 79 II StPO.

Aus dem Gesagten ergibt sich der Gang der weiteren Darstellung. Zunächst ist das Verhältnis des Richters zum Gutachter zu untersuchen und sodann unter Berücksichtigung der sich daraus ergebenden Folgerungen die Stellung des Sachverständigen zu den anderen Strafverfolgungsorganen (Staatsanwaltschaft, Polizei) und zu den privaten Prozeßbeteiligten (Angeklagter, privater Nebenkläger und Privatkläger).

406) Näher zu dieser "Dynamik" des Strafprozesses o. S.27 ff.

I. Das Verhältnis des Sachverständigen zum Gericht

Zur Klärung der Frage nach der Stellung des Sachverständigen zum Richter ist eine nähere Untersuchung des zwischen Richter und Gutachter bestehenden Arbeitsverhältnisses⁴⁰⁷⁾ nötig, wobei als Einzelfragen die Auswahl von Sachverständigen, die Umgrenzung des Beweisthemas, die richterliche Leitung der Gutachtertätigkeit und die Vernehmung des Sachverständigen zu behandeln sind. Weiterhin ist die Verteilung der Kompetenzen und der Verantwortlichkeiten von Interesse. Gerade hierüber herrscht auf der Seite der Gutachter, aber auch der Richter nicht immer die nötige Klarheit. Letztlich gilt es, den Einfluß der im Laufe des Prozesses wechselnden Verfahrenssituationen auf die Zweckfunktion und damit die Stellung des Sachverständigen nachzuweisen. Die Gutachterzweckfunktion als einer Denkhilfe für den Richter kann innerhalb des gesteckten Rahmens gewisse Abwandlungen erfahren, um eine größtmögliche Anpassung an die jeweiligen Gegebenheiten und Erfordernisse in verschiedenen Prozeßsituationen und Prozessen zu ermöglichen und damit den Erkenntniszweck, zu dem der Sachverständige in den Prozeß eingeführt ist, besser zu fördern.

1. Die Zusammenarbeit des Richters mit dem Gutachter

a) Die Auswahl der Sachverständigen durch den Richter

Während das richterliche Ermessen bei der Beurteilung der Frage, ob überhaupt ein Sachverständiger zu vernehmen ist, nach dem gegenwärtigen Rechtsstatus erheblich

⁴⁰⁷⁾ Vgl. oben S.9.

eingeschränkt ist, wie wir gesehen haben, ist der Richter in der Auswahl der Sachverständigen grundsätzlich freigestellt ⁴⁰⁸⁾. Natürlich bedeutet freies richterliches Ermessen niemals richterliche Willkür, weshalb der Richter auch bei der Auswahl der Gutachter sich von sachgemäßen Erwägungen leiten lassen muß. Diese ergeben sich für ihn in diesem Zusammenhang vornehmlich aus der richterlichen Wahrheitserforschungspflicht, die aus den §§ 155 II, 244 II StPO zu entnehmen ist. Danach hat also der Richter den Gutachter auszuwählen, von dem er sich die beste Sachaufklärung erhofft.

Die Auswahl der Sachverständigen nach dem Maße ihrer Befähigung, dem Erkenntniszweck des Strafprozesses zu dienen, ist für den Richter eine sehr schwere Aufgabe. Er hat sein Augenmerk auf verschiedene Dinge zu richten. Zunächst muß er sich über die fachliche Bildung des in Aussicht genommenen Sachverständigen so weit als möglich unterrichten. Dazu hilft ihm am besten die eigene Anschauung, die er schon dann gewinnen kann, wenn es ihm gelingt, sich wenigstens einige Grundkenntnisse des betreffenden Fachgebiets anzueignen. Weitere Erkenntnis erschließt sich dem Richter aus der Beurteilung von seiten anderer und aus sonstigen "Indizien" fachlicher Befähigung (wissenschaftliche Publikationen und deren positive Beurteilung in der Fachwelt, Biographie usw.) ⁴⁰⁹⁾

Aus der Tatsache, daß nicht jeder Gutachter, der über ein reichhaltiges Erfahrungswissen verfügt, dieses auch vollständig und sorgfältig zur Erkenntnis anwendet ⁴¹⁰⁾,

408) § 73 I StPO.

409) Vgl. dazu auch oben S. 46.

410) Vgl. oben S. 46/7.

ergibt sich eine weitere Prüfungsaufgabe des Richters, nämlich sich zu vergewissern, ob der zur Wahl stehende Fachmann die für die Ausübung der Gutachterfunktion unerläßlichen Charaktereigenschaften der Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt aufweist und außerdem seiner beruflichen Situation nach (Arbeitsüberlastung!) dem Gutachten auch die zur zuverlässigen Feststellung nötige Zeit widmen kann. Wesentlich von den Charaktereigenschaften hängt es auch ab, ob der Gutachter seiner Verpflichtung zur unbedingten Objektivität und zur justizförmigen Erledigung seiner Arbeit genügen kann. Eine Person, die zu Gemütsaufwallungen neigt und nicht zu jener abgeklärten Ruhe und Leidenschaftslosigkeit gegenüber dem Prozeßthema fähig ist, wie sie vom Richter zu fordern ist, taugt nicht zum Sachverständigen. Allzu leicht wird bei einem solchen Menschen die unumgängliche Subjektsbezogenheit allen erkennenden Denkens⁴¹¹⁾ übersteigert und damit das generalisierende Erkenntnisbemühen mit einer wachsenden Unsicherheit belastet. Auch die besten Fachkenntnisse sollten den Richter nicht veranlassen, einen Gutachter mit diesen Schwächen beizuziehen, wenn er aus einem früheren Prozeß oder sonstwie die Überzeugung gewonnen hat, daß wenig Aussicht besteht, die Unzulänglichkeiten durch entsprechende Anleitung und Belehrung zu vermeiden. - Eine weitere Grundvoraussetzung erfolgreicher Gutachtenerstattung ist die unbedingte Unabhängigkeit des Sachverständigen.⁴¹²⁾ Nur sie sichert die vom Gesetz erforderte Unparteilichkeit.⁴¹³⁾ Der

411) Vgl. FALCK, S.286 r.

412) GRASSBERGER, S.261.

413) Vgl. § 79 II StPO.

Richter hat bei der Auswahl von Gutachtern stets zu prüfen, inwieweit sich aus der beruflichen Situation des Sachverständigen, aus einer vorausgegangenen Mitwirkung in der Ermittlungsarbeit im Dienste von Staatsanwaltschaft und Polizei, aus einer Verflechtung persönlicher und wirtschaftlicher Interessen mit denen anderer Personen die Besorgnis einer Befangenheit und einseitigen Stellungnahme ergeben kann. Die Frage der Voreingenommenheit von Gutachtern aus den Kriminalämtern der Länder oder des Bundes und die Besorgnis der Befangenheit gegenüber Sachverständigen, die nach Mitwirkung in der Ermittlungsarbeit auch zur Gutachtenerstattung in der Hauptverhandlung aufgerufen werden, wird im Zusammenhang mit der kritischen Stellungnahme zum Rohrbach-Prozeß später erörtert.⁴¹⁴⁾ Für sonstige Gründe der Abhängigkeit und Voreingenommenheit von Gutachtern gibt GRASSBERGER eine Reihe von instruktiven Beispielen⁴¹⁵⁾:

Der Produzent einer Ware wird als Gutachter selten unbefangen antworten, wenn er dazu das Vorhandensein von entscheidenden Mängeln an den eigenen Erzeugnissen einräumen müßte. Es hat deshalb wenig Wert, den Hersteller von "einbruchssicheren" Wertgelassen darüber zu befragen, ob es möglich ist, daß ein erstklassiges Sicherheitsschloß mit einem Nachschlüssel geöffnet wurde. Ebenso falsch ist es, bei Brandfällen den Schornsteinfeger des Kehrbezirks, in dem der Brand auftrat, als Sachverständigen zu beauftragen. Da der zuständige Schornsteinfeger Organ des vorbeugenden Feuerschutzes ist, wirft er bei der Erörterung etwaiger brandauslösender Mängel in der Feuerungsanlage gleichzeitig die

414) S. 153 ff.

415) GRASSBERGER, S. 262/63.

Frage auf, inwieweit er selbst schon früher diesen Gefahrenzustand hätte erkennen und beseitigen müssen. Eine vollkommen objektive Stellungnahme ist dabei kaum zu erwarten. Eine Befangenheit kann sich auch aus einem gemeinsamen Standesinteresse ergeben. Hat sich ein Sachverständiger über den Kunstfehler eines Kollegen zu äußern, so kann es vorkommen, daß er durch besonders wohlwollende und darum nicht mehr objektive Beurteilung zu vermeiden sucht, daß das Vertrauen in den fraglichen Berufsstand in der Öffentlichkeit erschüttert wird. Die Auswahl eines unbefangenen Gutachters ist gerade hier besonders schwer; allgemeingültige Gesichtspunkte können nicht genannt werden. Besondere Aufmerksamkeit hat der Richter auch bei der Auswahl von Sachverständigen walten zu lassen, die von den "einseitig interessierten" Prozeßbeteiligten in Beweisanträgen benannt sind. Der Grund ihrer Benennung ist häufig, daß der Antragsteller aus einer vermeintlichen oder oft auch tatsächlich vorhandenen Einflußnahme eine für ihn günstige Gutachtererstattung erhofft. Auf der anderen Seite ist aber auch gegenüber den von Polizei und Staatsanwaltschaft benannten Gutachtern Vorsicht geboten. Die Anklagebehörde und die Ermittlungsorgane haben die Tendenz, mit der Gutachtererstattung solche Wissenschaftler zu betrauen, die regelmäßig im Dienste der Verbrechensaufklärung tätig sind und deshalb neben ihrer spezialfachlichen Berufsbildung auch eine allgemeine kriminalistisch-kombinatorische "Befähigung" erworben haben. Falls sich Anhaltspunkte für eine Abhängigkeit der vorgeschlagenen Person ergeben, ist sie durch eine andere zu ersetzen.

Letztlich hat der Richter bei der Auswahl der Sachverständigen darauf zu achten, daß die ausgewählten Personen die Voraussetzung einer zuverlässigen Wahrheits- und Erkenntnis **v e r m i t t l u n g** erfüllen können. Eine gewisse Wortgewandtheit und Verhandlungstechnik sind dazu unbedingt nötig. Nur sie machen es dem Sachverständigen möglich, Ergebnis und Gang seiner Untersuchungen einfach und klar, für die Prozeßbeteiligten, insbesondere den Richter, möglichst verständlich, darzustellen.⁴¹⁶⁾ Sie bewahren den Gutachter auch davor, in einem Kreuzverhör⁴¹⁷⁾ - das allerdings in Deutschland im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Rechtskreis verhältnismäßig selten in Strafprozessen vorkommt - den Boden unter den Füßen zu verlieren, weil sich ihm zu einer sachgerechten Verteidigung eines an sich logisch unangreifbaren Gutachtens nicht spontan, wie in einem solchen Falle notwendig, die rechten Worte einstellen wollen.

Damit sind die Gesichtspunkte genannt, an denen sich das "freie" richterliche Ermessen bei der Auswahl von Sachverständigen zu orientieren hat. Eine **E i n - s c h r ä n k u n g d e r r i c h t e r l i c h e n W a h l b e f u g n i s** hat das Gesetz durch die §§ 73 II und 219/20, 222, 245 StPO angeordnet. Sind für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt, so kann davon ausgegangen werden, daß diese Personen durch ihre häufige Heranziehung zur Mitwirkung in Prozessen und die damit gewonnene Erfahrung

416) Das Erfordernis einer einfachen, klaren, verständlichen Darstellung für das Gutachten betont FALCK, S.286 1.

417) § 239 StPO.

regelmäßig die beste Gewähr für eine erfolgreiche Mitarbeit bieten. Sie sollen deshalb nur dann bei der Wahl übergangen werden, wenn besondere Umstände die Beiziehung anderer Gutachter erfordern. - Die Beschränkung des richterlichen Auswahlrechts durch die Bestimmungen über die Verwertung "präsender Beweismittel" war bereits oben erwähnt.⁴¹⁸⁾ Sind zur Hauptverhandlung geladene, sachkundige Personen erschienen, so muß der Richter diese zur Gutachtenerstattung beauftragen, wenn die Staatsanwaltschaft oder der Angeklagte auf einer Vernehmung bestehen⁴¹⁹⁾, es sei denn, daß die Beweiserhebung unzulässig oder zum Zwecke der Prozeßverschleppung beantragt ist ⁴²⁰⁾. Er hat nicht die Möglichkeit, die gestellten Personen durch andere zu ersetzen.

b) Die Umgrenzung des Beweisthemas

Neben einer sorgfältigen Auswahl der Sachverständigen vermag auch die sachgerechte Umgrenzung des Beweisthemas die richterliche Erkenntnisaufgabe entscheidend zu erleichtern. Will der Richter vermeiden, daß der Sachverständige sich bei der Gutachtenerstattung in Nebenfragen verliert, die für die juristische Beurteilung von keiner Bedeutung sind, während die wichtigen Punkte vernachlässigt werden, muß er, falls das nicht etwa schon durch einen Prozeßbeteiligten in einem Beweisantrag geschehen ist, das Beweisthema **k l a r u n d e i n d e u t i g** und grundsätzlich **e n g** umgrenzen.⁴²¹⁾ Die

418) S. 124 ff.

419) Das ergibt sich aus § 245, S.3 StPO; vgl. auch ALSBERG/NUSE, S.498.

420) § 245, S.1 StPO.

421) Vgl. GRASSBERGER, S.264; ferner SCHMIDT II, § 78, Nr.5.

genaue Fixierung des Untersuchungszieles ist auch aus einem anderen Grunde unbedingt nötig. Fehlt es an einer präzisen Fragestellung, so muß der Sachverständige seine Untersuchung damit beginnen, selbst einen Verdacht auszusprechen. Die Einseitigkeit einer solchen von ihm selbst stammenden Hypothese belastet das Erkenntnisbemühen des Gutachters zumeist ungleich mehr, als wenn die zu prüfende Annahme von anderen Prozeßbeteiligten, etwa in den Anträgen des Angeklagten oder des Staatsanwaltes oder durch das Gericht ausgesprochen wird.⁴²²⁾ Daß der Richter durch die von seiner Seite erfolgende nähere Umgrenzung des Beweisthemas eine vorgefaßte Meinung gewinnt, ist unwahrscheinlich. Er hat, da es ihm ja an der erforderlichen Sachkunde fehlt, zunächst weit vagare Vorstellungen zu den zu klärenden Beweisfragen und ist deshalb auch viel leichter geneigt, bei der abschließenden Beweiswürdigung ursprüngliche Hypothesen aufzugeben und unbefangen zu urteilen. Die erforderliche Objektivität des Richters erscheint außerdem durch den umfassenderen Überblick des Richters über den gesamten Prozeßstoff hinreichend gesichert.

Eine zu weite, unbestimmte Fassung des Ermittlungszieles kann insbesondere bei der Glaubwürdigkeitsprüfung verhängnisvoll sein, wie die Praxis lehrt. Die allgemeine Angabe, es solle die Glaubwürdigkeit geprüft werden, drängt den Sachverständigen leicht zur Aufklärungstendenz und verführt ihn dazu, seine Aufgabe darin zu sehen, wie ein polizeiliches oder staatsanwaltliches Strafverfolgungsorgan eine umfassende Ermittlung des Tatvorgangs zu unternehmen und sich in Verfolgung dieses Zieles nicht nur der von ihm beherrschten und erprobten

422) GRASSBERGER, a.a.O.

Feststellungsmethoden seiner Wissenschaft zu bedienen, sondern auch bloßer Spekulation und kriminalistischer Kombinatorik.⁴²³⁾

Auf der anderen Seite muß vor dem anderen Extrem gewarnt werden, nämlich daß der Richter das Beweisthema in dem Bemühen um enge Umgrenzung in die Form einer auf den konkreten Fall bezogenen *S u g g e s t i v f r a g e* kleidet. Eine konkrete Fragestellung ist zwar grundsätzlich zulässig, doch ist stets sorgfältig zu prüfen, inwieweit solche Frageformulierungen zum Beweisthema eine Suggestivwirkung auf den Sachverständigen ausüben können mit der Folge der Voreingenommenheit.⁴²⁴⁾

Muß man nach allem es als Aufgabe des Richters ansehen, das Beweisthema klar zu umgrenzen, so ist damit nicht gesagt, daß er dies ohne Rücksprache mit dem Sachverständigen tun soll. Schon hier ist eine wechselseitige Zusammenarbeit von Vorteil.⁴²⁵⁾ Der Richter hat den Überblick, welche Fragen für die juristische Beurteilung von Interesse sind, der Sachverständige hingegen kann am besten erkennen, welche Ausdehnung des Beweisthemas zur zuverlässigen Beurteilung dieser Fragen erforderlich ist und welcher Untersuchungsweg im Einzelfalle den besten Erfolg verspricht. Erfolgt die Formulierung der an den Sachverständigen zu stellenden Fragen in einer Aussprache, so wird für den Gutachter unbedingt klar, was man von ihm erwartet. Er kann den Richter auf die bestehenden Grenzen menschlicher Forschungs- und Erkenntnismöglichkeiten auf dem betreffenden Fachgebiet hinweisen. Dadurch wird umgekehrt auch für den Richter klar,

423) Bedenklich in dieser Hinsicht UNDEUTSCH bei PONSOLD, insbes. S.210; vgl. auch zu diesen Gefahren das Anschauungsmaterial des Rohrbach-Prozesses, insbes. S. 153 ff.

424) Vgl. auch unten S.164 ff.

425) GRASSBERGER, S.264.

was er vom Sachverständigen erwarten darf.⁴²⁶⁾ Es wird vermieden, daß der Richter vom Sachverständigen Unmögliches verlangt und sich durch seine Fragen geradezu lächerlich macht. GROSS⁴²⁷⁾ berichtet von einem Untersuchungsrichter, der einen Ofen abreißeln ließ und an die Gerichtschemiker in Berlin schickte mit der Frage, ob darin Banknoten verbrannt wurden, und weiterhin von einem Gericht, das anläßlich eines Falles, in dem es zweifelhaft war, ob Wurstvergiftung oder Arsenvergiftung vorlag, dem Sachverständigen die Frage stellte, ob nicht das Arsen " v o n s e l b s t " (!) in der Leiche oder gar in der Wurst " e n t s t a n d e n " sein könnte!

In besonderen Fällen kann die oben aufgestellte Forderung nach einer klaren, eindeutigen und engen Umgrenzung des Beweisthemas für den Richter unerfüllbar sein. Solche Situationen ergeben sich im Stadium des Vorverfahrens, wenn ein mit der Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen betrauter Richter⁴²⁸⁾ oder der Untersuchungsrichter in der Voruntersuchung⁴²⁹⁾ die Zusammenhänge noch nicht recht überschauen und deshalb noch gar nicht die Ansatzpunkte für eine zielgerichtete Untersuchung erkennen. Hier kann die Zuziehung eines Sachverständigen ohne nähere Bezeichnung eines Beweisthemas helfen. GROSS gesteht, daß er oft als Untersuchungsrichter Sachverständige vernommen hat, ohne zu Anfang zu wissen, was sie ihm eigentlich sagen sollten.⁴³⁰⁾ Die von ihm mit diesem

426) Vgl. GRASSBERGER, a.a.O.

427) GROSS/SEELIG, S.231.

428) § 162 StPO.

429) § 184 StPO.

430) GROSS/SEELIG, S.234.

Verfahren erzielten Erfolge sind verblüffend. Er ließ Messerschmiede kommen und reichte ihnen das Messer, das zu einem Lorde gedient hatte, mit der Frage, ob sie ihm i r g e n d etwas zu sagen hätten. Die Antwort, daß solche Messer nur im nördlichen Böhmen erzeugt würden, gab einen Ansatzpunkt für eine zur Entdeckung des Täters führende Untersuchung. Ein Drechsler wußte, in der gleichen Weise befragt, daß ein vom Täter am Tatort zurückgelassener Gegenstand von jemandem gedrechselt wurde, der ein Linkshänder war. Da der leugnende Verdächtige aus einer fremden Stadt gekommen war, forschte man dort nach einem linkshändigen Drechsler. Die Ermittlungen hatten vollen Erfolg. Der ausfindig gemachte Handwerker erkannte den Verdächtigen als den Käufer jenes Gegenstandes wieder.⁴³¹⁾

c) Die Zusammenarbeit zwischen Richter und Gutachter
unter der "Leitung" des Richters

Über die Zusammenarbeit des Richters mit seinem Gehilfen, dem Sachverständigen, sagt die Strafprozeßordnung in lakonischer Kürze, der Richter habe, soweit ihm das erforderlich erscheine, die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten.⁴³²⁾ Das besagt zunächst wenig. Erst im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen, insbesondere § 261 StPO, gewinnt der Satz Substanz. Das Gericht entscheidet über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner f r e i e n , aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Ü b e r z e u g u n g . Sich diese freie Beweiswertbeurteilung durch die Freiheit der Überzeugungsbildung zu ermöglichen, muß deshalb als oberste

431) GROSS/SEELIG, a.a.O.

432) § 78 StPO.

Verpflichtung des Gerichtes angesehen werden. Nach ihr haben sich auch die Maßnahmen auszurichten, die der Richter zur Gestaltung seiner Zusammenarbeit mit dem Gutachter trifft. Gerade durch die Mitwirkung eines Sachverständigen im Prozeß droht der Freiheit der richterlichen Überzeugungsbildung Gefahr. Es fällt dem erkennenden Richter als Laien auf dem Gebiete des Gutachtenthemas naturgemäß schwer, die logische Schlußfolgerung des Fachmannes nachzuvollziehen, um damit die Bildung einer eigenen Überzeugung sicherzustellen, wozu er nach § 261 StPO verpflichtet ist.⁴³³⁾

Die dem Richter auch bei der Beweiswürdigung eines Gutachtens zugestandene freie Ermessensübung bedeutet allerdings keine richterliche Willkür. Das Ermessen des Richters findet dort eine Schranke, wo das Gericht mit seiner Entscheidung gegen die in Wissenschaft und Rechtsprechung allgemein geltenden Erfahrungssätze verstoßen und dadurch einen Rechtsfehler begehen würde.⁴³⁴⁾

Gelingt die eigene Stellungnahme nicht oder nur unvollkommen, so verschlechtern sich mit dem Maße der Abhängigkeit des Richters von den EntschlieBungen und Überzeugungen des Sachverständigen die Aussichten auf ein gerechtes Urteil. Besonders verhängnisvoll ist es, wenn der Gutachter seinerseits ebenfalls in einer inneren oder äußeren Abhängigkeit zu irgendwelchen Prozeßbeteiligten steht und damit seiner Stellung als " u n -

433) Vgl. BGHSt 7,239/40; BGHSt 8,113 (118); BGHSt 11, 97 (99); MEZGER, S.127; MARMANN, S.136 ff. (144); Hellmuth MAYER, S.475/6.

434) FALCK, JR 55,286 r.; MARMANN, GA 53,136 und S.147-149, insbesondere S.149; BGHSt 6,70 (72).

p a r t e i i s c h e r "435) Gehilfe des Richters nicht genügt. Der Richter ist dann mittelbar auch in eine Abhängigkeit zu dem Beschuldigten, zur Staatsanwaltschaft, zum Nebenkläger usw. geraten. Eine solche Einbeziehung des Gerichts in das Widerspiel der Interessen in die Dynamik des Prozeßgeschehens⁴³⁶⁾ ist mit der Idee des unabhängigen Richters unvereinbar. Es gilt, dieser Entwicklung nach Kräften entgegenzuwirken. Eifriges Bemühen des Richters, das Gutachtenthema selbst geistig zu durchdringen und eine richterliche Belehrung des Sachverständigen über seine Richtergehilfenstellung, ein Hinweis auf die Verpflichtung zur unparteiischen Betrachtungsweise sind dazu geeignete Mittel.⁴³⁷⁾ Gutachter, bei denen die Möglichkeit einer Abhängigkeit von den Prozeßbeteiligten nahe liegt, sollten nach Möglichkeit von vornherein als Richtergehilfen ausgeschieden werden. Soweit ihre Zuziehung nicht unterbleiben darf, weil sie als präsenste Beweismittel zur Beweisaufnahme beigebracht sind⁴³⁸⁾, sollte jedenfalls a u ß e r d e m die Vernehmung eines Sachverständigen erfolgen, bei dem keinerlei Verflechtungen persönlicher oder wirtschaftlicher Interessen mit einem Prozeßbeteiligten die Besorgnis der Befangenheit begründen.

435) § 79 II StPO.

436) s. o. S.27 ff.

437) Einer erweiterten Ausbildung der Richter und Staatsanwälte in den prozessualen Hilfswissenschaften, vor allem in naturwissenschaftlicher Kriminalistik, gerichtlicher Medizin und Aussagepsychologie, wie sie BOHNE bei PONSOLD, S.81 befürwortet, sind angesichts der fortschreitenden Ausbreitung des Wissensstoffes und der dadurch notwendigen Spezialisierung aller Wissenschaften notwendigerweise enge Grenzen gesetzt.

438) s. o. S.124 ff.

Die Unabhängigkeit der Überzeugungsbildung, die eigene sachgerechte Stellungnahme zu den Feststellungen des Gutachtens kann noch am ehesten durch eine möglichst weitgehende Anteilnahme des Richters an der Arbeit des Sachverständigen - soweit sich Gelegenheit bietet auch an der eigentlichen Erarbeitung des Gutachtens - gesichert werden. Deshalb sollte der Richter niemals grundsätzlich und von vornherein auf seine Mitwirkung bei der Sachverständigentätigkeit verzichten, in der Überzeugung, daß durch seine Anwesenheit bei der Untersuchung das Erkenntnisbemühen des Gutachters nicht gefördert werde. Es kommt nicht in erster Linie darauf an, daß die Erkenntnis des Sachverständigen gefördert wird, sondern die des Richters! Daher kann die Anwesenheit des Richters selbst dann angezeigt sein, wenn sie in gewissem Umfang den Sachverständigen in seiner Arbeit behindern sollte (durch Zwischenfragen oder weil der Richter einfach "im Wege steht"). Die eigene unmittelbare Anschauung des Richters von den Untersuchungsvorgängen kann für das Verständnis der vom Gutachter geleisteten Arbeit von so entscheidendem Vorteil sein, daß die Nachteile einer Behinderung des Gutachters, soweit sie nur in einer Arbeitsverzögerung bestehen, in Kauf zu nehmen sind.

Ist damit eine mehr rezeptive Mitwirkung des Richters an der Sachverständigentätigkeit als ein Mittel erkannt, die dem Richter zukommende freie Stellung gegenüber den Feststellungen des Gutachters zu sichern, fragt es sich, inwieweit auch eine aktivere Mitwirkung bei der Gutachten-erstattung, etwa durch eigene Untersuchung oder Erteilung von für den Sachverständigen verbindlichen Direktiven, geboten erscheint. Der Gesetzgeber hat ganz offensichtlich an eine aktive Mitarbeit des Richters gedacht, wenn er in § 78 StPO von der "Leitung" der Sachverständigentätigkeit

durch den Richter spricht. Auf den ersten Blick erscheint der Gedanke bestehend, den Sachverständigen einer e i n - g e h e n d e n Leitung seitens des Richters zu unterwerfen. Damit würde die Gefahr vermieden, daß der Sachverständige durch die freie, eigenverantwortliche Bearbeitung des Gutachtenthemas zu der das Beweisverfahren beherrschenden Person wird, gegenüber deren Entschlüssen und Überzeugungen sich der Richter nicht in der erforderlichen Weise zu lösen vermöchte, um zu einem eigenen Urteil zu kommen. Da in einem Rechtsstaat die U r t e i l s - s e t z u n g a u s s c h l i e ß l i c h einem u n - a b h ä n g i g e n R i c h t e r t u m vorbehalten sein muß⁴³⁹⁾, ist unter allen Umständen der Gefahr zu begegnen, daß der Sachverständige im Prozeß eine zu überraschende Stellung erhält, daß er den die Zusammenhänge nicht recht überschauenden Richter überspielt, ihn nötigt, sich dem Gutachten einfach anzuschließen⁴⁴⁰⁾, und daß er als der eigentliche a u c t o r d e s U r t e i l s erscheint. Aber keinesfalls sind dirigistische Maßnahmen des Richters dazu das geeignete Mittel, wenn sie, aus einem dilettantischen Halbwissen heraus getroffen, einer fachgerechten Bearbeitung der Beweisfrage nicht entsprechen.⁴⁴¹⁾ Überschätzt der Richter die Verlässlichkeit eigenen Wissens, und sei es auch in der an sich billigen Absicht, seine Stellung gegenüber dem Gutachter zu behaupten, kann er damit zumindest ebenso großen Schaden an-

439) Vgl. Art.92,97 GG; HAMANN, Art.92 A/B und Art.97 C.

440) Das soll der Richter unter allen Umständen nur, wenn eine weitere geistige Auseinandersetzung mit dem Gutachtenthema zum Zwecke der Gewinnung einer eigenen Überzeugung wegen der Schwierigkeit der zu begutachtenden Fragen unmöglich erscheint; BGHSt 7, 238 (240).

441) Die Notwendigkeit kritischer Selbsteinschätzung für den Richter bei der Leitung der Gutachtertätigkeit betont auch SCHMIDT II, § 78 Nr.1.

richten, wie er bei der beschriebenen Verschiebung der Verantwortlichkeit droht. Dann unterbleibt allzu leicht zum Schaden vollkommener Sachaufklärung die Anwendung der wirksamsten und sachgerechtesten Maßnahmen, über die allein der Sachverständige auf Grund seines Erfahrungswissens zuverlässig hätte befinden können, weil dieser, durch die unangebrachte richterliche "Bevormundung" verärgert, keinen Anlaß zu entsprechenden Hinweisen sieht.

Daß ein solches Verhalten des Richters auch nicht geeignet ist, besondere Arbeitsfreude beim Gutachter zu wecken, liegt auf der Hand. Es ist psychologisch durchaus verständlich, daß in dem Sachverständigen die Erwägung wach wird, wie er dazu komme, mit allem Aufwand seines mühsam erworbenen Wissens zu antworten, wenn ihm durch einen Laien ein unzweckmäßiger oder gar verfehlter Ausgangspunkt seiner Untersuchung aufgedrängt wird oder wenn ihm unsinnige, allzu ungereimte Fragen vorgelegt werden.⁴⁴²⁾ -

Das Vorgehen des Richters erfordert viel Takt. Immer muß er sich seiner **D o p p e l a u f g a b e** bei der Zusammenarbeit mit dem Sachverständigen bewußt sein: **W a h r u n g s e i n e r K o m p e t e n z e n** gegenüber dem Gutachter und **F i n d u n g d e r m a t e r i e l l e n W a h r h e i t**. Der letztgenannten Aufgabe wird der Richter nicht gerecht, wenn er durch detaillierte, einseitig getroffene Anordnungen, die fachliche Durchführung betreffend, in dem Sachverständigen den Eindruck einer Geringschätzung seiner Wissenschaft hervorruft und diesen damit nicht veranlassen kann, sein Bestes zur Erkenntnis beizusteuern. Die Zusammenarbeit zwischen Richter und Gutachter sollte daher stets mit einer klärenden Aussprache beginnen, in der gemeinsam über die Durchführung der Untersuchung beraten wird. Für den Richter kommt

442) GROSS/SEELIG, S.236.

es dabei vor allem darauf an, gegenüber den Vorschlägen des Sachverständigen die rechtlichen Erfordernisse herauszustellen, wie überhaupt die richterliche Leitung der Gutachtertätigkeit, wie im einzelnen noch zu zeigen sein wird, mehr auf die Einhaltung der strafprozessualen Normen gerichtet sein muß.

So nützlich die eifrige Anteilnahme des Richters schon an der Erarbeitung des Gutachtens auch ist, so darf der Richter dabei aber nicht so weit gehen, daß er bei dem Beschuldigten die *Besorgnis der Befangenheit* erregt. - Die Ausschließung des Richters kraft Gesetzes gem. §§ 22, 23 StPO ergibt sich durch diese Mitwirkung nicht. Der Wortlaut der beiden Bestimmungen und ihre systematische Stellung zu § 24 StPO (Ablehnung in "sonstigen" Fällen) beläßt keinen Zweifel darüber, daß das Gesetz in § 22 Ziff.4,5 und § 23 Abs.2 StPO die verwendeten Begriffe "Polizeibeamter", "Beamter der Staatsanwaltschaft", "Anwalt", "Sachverständiger" und "Untersuchungsrichter" in technischem Sinne verstanden hat und nicht die Ausschlußgründe in rechtsähnlicher Anwendung auch auf bloße, noch dazu unbewußte Interessenwahrnehmungen zugunsten der genannten Prozeßbeteiligten ausgedehnt wissen wollte. Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit nach § 24 StPO kann indessen eine Rolle spielen. Die Generalklausel der Bestimmung ist dahin auszulegen, daß Besorgnis der Befangenheit dann besteht, wenn der Ablehnende von seinem Standpunkt aus bei verständiger Würdigung der Sachlage Anlaß hat, an der Unparteilichkeit des Richters zu zweifeln.⁴⁴³⁾ - Die Maßnahmen der richterlichen Anteilnahme an der Erarbeitung des Gutachtens sind geeignet, die Möglichkeiten des Richters zur freien

443) SCHMIDT II, § 24 Nr.2; NIETHAMMER in LOEWE/ROSENBERG, § 24 Nr. 6 a; PETERS, § 20 III, S.120; SCHWARZ, § 24 1) B; BGHSt 1,34 (37).

Beweiswertbeurteilung und Unabhängigkeit der Urteilsentscheidung zu schaffen bzw. zu verbessern. Gleichwohl soll nicht verkannt werden, daß im Ausnahmefall der Richter dadurch erst recht unter den Einfluß der fremden Überzeugungen und Entscheidungen geraten kann, oder zumindest der Beschuldigte eine solche Entwicklung nach seiner subjektiven Überzeugung annehmen muß. Die besonderen Umstände des "Ausnahmefalles" müssen aber dargetan sein. Läßt der Richter bei oder nach erfolgter Teilnahme an den Sachverständigenermittlungen in seinem Verhalten nicht besondere Indizien fehlender Objektivität erkennen, so kann bloß aus der Tatsache seiner Anteilnahme für sich allein ein Ablehnungsgrund nicht hergeleitet werden.

Hat der Richter alle Anstrengungen unternommen, soweit tunlich durch weitgehende Anteilnahme schon an der Erarbeitung des Gutachtens mit den Fachfragen bekanntzuwerden und so dem Verständnis des abschließenden Gutachtenvortrags in der Hauptverhandlung vorzuarbeiten, erscheint aber gleichwohl wegen der Schwierigkeit der Materie eine richterliche Nachprüfung des Gutachtens in allen Details nicht möglich, so muß man zumindest fordern, daß der Richter sich darüber informiert, ob der Sachverständige ein erprobter und zuverlässiger Vertreter seines Faches ist und daher auf seine Sachkunde in diesem Bereich vertraut werden kann,⁴⁴⁴⁾ und weiterhin, ob die dem Gutachten zugrunde gelegte Lehre in den maßgebenden Fachkreisen allgemein und zweifelsfrei anerkannt ist ⁴⁴⁵⁾. Eine Überprüfung des Gutachtens insoweit vermag wenigstens in gewissem Umfang die freie Beweiswertbeurteilung des Richters gegenüber dem Gutachten zu retten, jedenfalls besser, als wenn das Gericht den gutachtlichen Ausführungen in bl i n d e m V e r t r a u e n folgt und sich damit

444) HELLMUTH MAYER, S.475/6; BGHSt 7,238 ff.

445) SCHMIDT II, § 244 Nr.74.

in völlige Abhängigkeit zum Gutachter begibt. Solche "pauschale" Nachprüfung ist immer auf irgendeine Weise möglich. Biographien, Literaturbesprechungen, von dem betreffenden Gutachter verfaßte Fachbücher etc. können Aufschluß geben über den Ruf des Sachverständigen als Wissenschaftler. Zumeist ergibt aber erst die Vernehmung eines *w e i - t e r e n G u t a c h t e r s*, erforderlichenfalls auch *m e h r e r e r G u t a c h t e r*, ein zuverlässiges Bild über das Bestehen eines etwaigen Methodenstreits in der betreffenden Fachwissenschaft, über Befähigung und Sachkunde des ersten Sachverständigen, allgemein über die Verlässlichkeit der getroffenen gutachtlichen Feststellungen. Leider ist von dem Bemühen der Richter um eigene Anschauung in Gutachtenfragen in der Alltagspraxis manchmal wenig zu bemerken. Die Arbeitsüberlastung kann allein nicht entschuldigen. Eine pointierte Formulierung BOHNES⁴⁴⁶⁾ tut manchem verantwortungsbewußten Richter unrecht, trifft aber auch zum Teil eine makabre Wahrheit: "Die beliebtesten Sachverständigen sind jene, für die es keine Zweifel gibt. Sie sind die bequemsten, weil sie dem Richter am meisten Zeit und Verantwortung abnehmen."

Wohin es führen kann, wenn ein Gericht sich in vorschneider Resignation gegenüber schwierigen Fachfragen im wesentlichen nur auf die Beurteilung eines Sachverständigen verläßt, ohne sich in der gebotenen Weise um eigene Anschauung zu bemühen, beweist das Beispiel des Rohrbach-Prozesses. Dieser in Presse und Öffentlichkeit lebhaft diskutierte Mordprozeß liefert unter verschiedenen Aspekten praktisches Anschauungsmaterial zur Problematik des Sachverständigenbeweises und ist deshalb zur Erläuterung der bisherigen theoretischen Ausführungen zum Richter - Gutachter-Verhältnis sehr geeignet:

446) Bei PONSOLD, S.99.

Im April 1957 war der Münsteraner Anstreicher Hermann Rohrbach ermordet worden. Leichenteile, in Decken verpackt, wurden in verschiedenen Gewässern gefunden. Nur der Kopf blieb verschwunden. Es meldeten sich Zeugen, die von den zerrütteten Familienverhältnissen bei Rohrbachs zu berichten wußten und die ein sehr schlechtes Leumundsbild von der Ehefrau des Ermordeten Maria Rohrbach gaben, die alsbald wegen zunehmender Verdachtsgründe in Untersuchungshaft genommen wurde. Man kombinierte auf Seiten der Kriminalpolizei, Maria Rohrbach habe ihren um 14 Jahre älteren, abartig veranlagten Mann loswerden wollen, weil sie andere Liebhaber hatte. Sie habe zunächst versucht, ihren Mann zu vergiften, ihn aber dann, als das Gift zu langsam wirkte, erschlagen, zerstückelt und im Wasser versenkt. Zu diesen Schlüssen kam man insbesondere durch das Auffinden von Blut in der Rohrbachschen Wohnung und durch den Nachweis von Thallium in den Rußschichten des Ofenrohres am Rohrbachschen Küchenherd. Der Nachweis von Thallium, eine in Rattengift Celiopaste enthaltene Substanz, gab den Ermittlungsbeamten die "Erklärung", warum bei den Leichenteilen der Kopf des Ermordeten nicht gefunden wurde. Maria Rohrbach mußte den mit Gift verseuchten Kopf und die bei den Vergiftungsversuchen übrigbleibenden Reste der Celiopaste im Küchenherd verbrannt haben. So stand es jedenfalls in einem Gutachten zu lesen, das Professor S. vom Landeskriminalamt München im Auftrag der Staatsanwaltschaft erstellte. Die Staatsanwaltschaft machte sich die These des Gutachters zu eigen und erhob Anklage. Im Hauptverfahren stützte sich nunmehr auch das Gericht auf die Feststellungen des S., dessen Gutachten in der Frage der Todesursache durch zwei weitere Sachverständige ergänzt wurde. S. hatte inzwischen weitere Details der Tatausführung "herausgefunden", nämlich daß dem Ermordeten über einen längeren Zeitraum systematisch Gift in kleineren Dosen verabreicht wurde und kurz vor dem Tode ein kräftiger Giftstoß

erfolgte und daß dabei mit Wahrscheinlichkeit das Gift zur Tarnung in Malvenblütentee angeboten wurde. Weiterhin stellte S. fest, daß das in der Wohnung aufgefundene Blut von einer Person stammt, die mit Malerfarben umgeht, wie das bei Rohrbach der Fall war. Zu dieser Schlußfolgerung verhalf der Nachweis von Titan, Barium, Kadmium, Kobalt, Nickel in den Blutresten in der Rohrbachschen Wohnung. Letztlich verfehlte es nicht die Wirkung auf das Gericht, daß S. "flammenphotometrisch", "spektralanalytisch" und "mit Hilfe von Ultraschallmessungen" feststellte, daß Maria Rohrbach kurz vor ihrer Verhaftung den Herd übermäßig beheizte, "wobei im Rauchabzugsrohr ein mindest ein Meter langes Flammenband spiralförmig hochgeschlagen ist." Nach den Ausführungen des Gutachtens von Professor S., der in allen Verfahrensstadien die Entschließung der mit der Verfahrensführung betrauten Polizei- und Justizorgane maßgeblich beeinflusste, erschien auch dem erkennenden Gericht die Indizienkette geschlossen. Es sah für erwiesen an, daß Maria Rohrbach ihrem Mann zunächst über einen längeren Zeitraum Celiopaste im Malventee zuführte und ihn erschlug, als auch ein Versuch einer stärkeren Giftbeibringung noch nicht zum Tode führte. Des weiteren war das Gericht der Überzeugung, daß Maria Rohrbach den Kopf ihres Mannes im Küchenherd verbrannt hatte. -

Als das auf "Lebenslanges Zuchthaus" lautende Urteil bereits rechtskräftig war, wurde im November 1959 der Kopf des Ermordeten in einem Bombentrichter gefunden. Damit war eine Tatsachenfeststellung in der Indizienkette des Urteils als falsch ausgewiesen. Nachdem der Verteidiger der Maria Rohrbach namhafte Wissenschaftler benannt hatte, deren wissenschaftliche Auffassungen zu denen des Professor S. im Gegensatz standen, wurde im Mai 1960 der Prozeß "auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel"⁴⁴⁷⁾

447) § 359 Ziff.5 StPO.

im Wiederaufnahmeverfahren erneut aufgerollt und endete mit dem Freispruch der Angeklagten.

Die im Wiederaufnahmeverfahren zahlreich beigezogenen Sachverständigen beurteilten die von Professor S. angewandten Untersuchungsmethoden als teilweise veraltet und unzuverlässig, viele seiner Schlüsse als unter fachwissenschaftlichen Aspekten nicht zwingend, seine im Gutachten angewandte Terminologie als willkürlich und fehlerhaft. Insbesondere wurde der für die Verurteilung maßgebende Thalliumbefund des S. kritisiert. Mehrere Sachverständige legten dar, daß in Ofenruß - was S. nicht bekannt war - stets Thallium enthalten ist. Eine "auf Optik bedachte" Demonstration des Verteidigers - er legte dem Gericht Analysen von über hundert Rußproben aus Münsteraner Haushalten, aus Münsteraner Lokomotiven, aus dem Landgericht Münster und selbst aus dem Kamin von Professor S. vor - bewies das sehr eindrucksvoll. Alle begutachteten Proben enthielten Thallium, zum Teil ein Mehrfaches dessen, was im Rohrbachschen Herd gefunden worden war. Hatte sich schon in diesem Punkte die Schlußfolgerung des Gutachtens als wissenschaftlich unhaltbar und falsch erwiesen, so ergaben sich auch in einigen sonstigen für den Indizienbeweis des Ersturteils maßgebenden Untersuchungskomplexen Fehler. Für den Nachweis des Titan, Barium etc. in den Blutspuren in der Rohrbachschen Küche fand ein Gutachter eine verblüffende Erklärung. Die Blutreste hatte S. von lackierten (!) Dielenbrettern abgekratzt und das dabei gewonnene Farbe-Blut-Gemisch als typisches "Malerblut" analysiert. Den von S. festgestellten Giftwerten in den Körperorganen des Ermordeten konnte auch keine Beweiskraft zukommen. Diese Werte lagen so hoch, stellte ein Spezialist auf diesem Gebiete fest, daß Rohrbach in dem Zeitpunkt, als ihm nach Auffassung des S. das Gift noch in kleinen Dosen beigebracht wurde, schon längst hätte totsein müssen. Die Feststellungen des S. über den Malvenblütentee als Giftträger waren durch wissenschaftliche

Ableitungen keineswegs gesichert. Die Auffindung einiger Sternhaare im Darm des Ermordeten, denen ein mit dieser Untersuchung betrauter Assistent "Malvenblattähnlichkeit" zuerkannte, veranlaßte S. zu dem Schluß, daß Malvenblütentee als Giftträger diene. Ein Biologe wies diese "Feststellung" des S. als reine Vermutung nach. Sternhaare kommen bei ganzen Pflanzenfamilien vor. Der Biologe konnte in einem ihm zur Verfügung gestellten Dickdarmrest aus dem Darm des Ermordeten nicht ein einziges der für Malvenblüten typischen Pollenkörner entdecken, obwohl ein einziger Teelöffel des Tees circa 300 000 solcher Pollenkörner enthält. In diesem Punkt ersetzte also der Gutachter Professor S. die zwingende wissenschaftliche Ableitung durch kriminalistische Kombination. Malvenblütentee "paßte gut" in den Gesamtzusammenhang, weil er zu den wenigen Getränken gehört, die neben intensivem Eigengeschmack eine tiefblaue Färbung aufweisen, die zur Tarnung der blauen Celiopaste erforderlich war. Auch in anderen Punkten seines Gutachtens verband Professor S. sein wissenschaftliches Feststellungsbemühen mit kriminalistischer Kombinatorik. Auf die schwerwiegenden Bedenken, die man diesem Gutachterverfahren entgegenbringen muß, ist noch einzugehen. Kehren wir aber zunächst zu unserem Ausgangspunkt zurück.

Die erkennenden Richter des Rohrbach-Prozesses waren wegen der Schwierigkeit der behandelten Fachfragen ersichtlich nicht in der Lage, alle gutachtlichen Feststellungen des S. im einzelnen zu überprüfen. Die bei solcher Sachlage gefährdete freie Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung des Gerichts hätte aber wenigstens dadurch im gewissen Umfang gerettet werden können und müssen, daß das Gericht weitere Gutachter darüber hörte, ob S. ein erprobter Wissenschaftler seines Faches war, so daß seine Sachkunde Vertrauen verdiente, und ob die von ihm angewendeten Feststellungsmethoden in Fachkreisen allgemein

und zweifelsfrei anerkannt waren.⁴⁴⁸⁾ (Inwieweit man nicht aus anderen Gründen auf eine Mitwirkung des S. im Hauptverfahren überhaupt hätte verzichten sollen, sei hier zunächst dahingestellt⁴⁴⁹⁾.) Insoweit ist eine Beiziehung und Anhörung mehrerer Gutachter nahezu stets geeignet, die eigene Beurteilungsgrundlage des Gerichts gegenüber dem Gutachten zu erweitern. Wenn schon keine Nachprüfung des Gutachtens in den Details dadurch möglich wird, so erhält das Gericht aber eine jedenfalls verbesserte Beurteilungsmöglichkeit über den allgemeinen Beweiswert des Gutachtens. Häufig genug wächst aber auch - manchmal völlig unerwartet - mit der Anhörung mehrerer Gutachter das Verständnis der Richter für die gutachtlichen Einzelfragen, so daß sich auch die Chancen für eine Nachprüfung der einzelnen Gutachterfeststellungen und Schlußfolgerungen vergrößern. Eine nur geringfügige Modifizierung der Aspekte, ein veränderter Ausgangspunkt, eine andere, für Laien verständlichere Terminologie, ein populärer Vergleich durch einen der aufgeborenen Gutachter kann Klärung und Verständnis bringen, wo der Richter vorher außerstande war, komplizierten fachwissenschaftlichen Gedankengängen zu folgen. Die Aussichten für das Gericht, durch ein weiteres Gutachten bessere Beurteilungsmöglichkeiten hinsichtlich der Einzelfeststellungen des Erstgutachtens zu erreichen und damit auch der freien Beweiswertbeurteilung des Sachverständigengutachtens näher zu kommen, sind nach allem gut. Leider resignieren - hier liegt eine bedauerliche und verhängnisvolle Fehleinstellung - die Gerichte oft schon bald, wenn sie den Ausführungen eines ersten Gutachtens

448) Vgl. Fußnoten 443 und 445, S. 145, 146.

449) Dazu unten S. 153 ff.

nicht mehr recht folgen können. Das gilt namentlich dann, wenn das Gutachten ihrer Vermutung zur Sache entspricht. Die Auffassung, daß sie weiteren Gutachten auch nicht mehr Verständnis entgegenbringen könnten, erweist sich aus den angedeuteten Gründen eben oft als falsch. - Im Rohrbach-Prozeß hätte sich aus der Anhörung von weiteren Sachverständigen zum gesamt von S. begutachteten Fragenkomplex auch für das Gericht verständlich ergeben, daß die zur Gutachtenerstellung angewandten Methoden nicht allgemein anerkannt waren und sichere Feststellungen wie die im Gutachten getroffenen in einigen entscheidenden Punkten gar nicht zuließen. Damit wäre eine freiere und richtigere Beurteilung der Beweisfragen möglich gewesen.

Auch für die Gefahren, die sich aus Abhängigkeit und Voreingenommenheit eines Sachverständigen ergeben können, bietet der Rohrbach-Prozeß ein anschauliches Beispiel. Professor S. war als ständiger Mitarbeiter des Landeskriminalamtes in M. von vornherein in einer für eine unbefangene, unvoreingenommene Untersuchung ungünstigen psychologischen Situation. Es ist fast unausbleiblich, daß S., bedingt durch seine Arbeit in einer Polizeibehörde, für die er mit den Mitteln seiner Wissenschaft zur Überführung von Rechtsbrechern beiträgt, mehr auf der Seite der polizeilichen und staatsanwaltlichen Ermittlungsorgane steht, als dies mit seiner Stellung als unparteiischer Prozeßsachverständiger vereinbar ist. Dabei kann es keine entscheidende Rolle spielen, ob S. als offizieller Vertreter seiner Dienststelle oder als Privatmann begutachtet hat. Die Tendenz und Grundeinstellung, die sich aus der

geübten Berufstätigkeit für S. ergibt, läßt sich nicht durch einfachen Willensentschluß beseitigen. Das zeigt das Gutachten des S. recht deutlich. S. hat sich in seinem für die Hauptverhandlung erstatteten Gutachten nicht damit begnügt, Feststellungen zu treffen, soweit sie sich zwingend aus der Anwendung fachwissenschaftlicher Untersuchungsmethoden ergaben, sondern hat, den in seiner Behörde geübten Bräuchen folgend, sich auch häufiger auf die Technik kriminalistischer Kombinatorik verlassen. Dabei scheinen dem Gutachter zuletzt selbst die Grenzen seiner Feststellungstätigkeit verschwommen zu sein; im Gutachten bot sich dem Gericht schließlich ein -jedenfalls für einen Laien nicht entwirrbares - Durcheinander aus wissenschaftlichen Ermittlungen und kriminalpolizeilichen Hypothesen. Selbst der Malvenblütentee und die Celiopaste nahmen sich wie wissenschaftlich erwiesene Fakten aus.

Daß so ein forensisches Gutachten nicht aussehen darf, bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Feststellungen aus zwingenden wissenschaftlichen Schlüssen und Ableitungen einerseits und bestehende Zweifel andererseits müssen im Gutachten klar unterschieden sein. Bloße Spekulationen, insbesondere außerwissenschaftliche und kriminalistische Kombinationen haben in einem für das Hauptverfahren erstellten Gutachten keine Berechtigung, weil sie, in der Form einer Behauptung auftretend, allzu leicht von dem nicht sachkundigen Gericht irrig als durch die fachwissenschaftlichen Untersuchungen ermittelt und bewiesen angesehen werden können.⁴⁵⁰⁾

450) Inwieweit für im Stadium der Ermittlungen erstellte Gutachten weniger strenge Anforderungen zu stellen sind, vgl. unten S. 189 ff.

Dem Fehlverhalten dieses Sachverständigen im Rohrbach-Prozeß steht auch eine falsche Auffassung des Gerichts gegenüber. Daß das Gericht sich nicht in ausreichendem Maße über die Zuverlässigkeit der von S. angewandten Untersuchungsmethoden und die ihm zu Gebote stehende Sachkunde informiert hat, ist bereits dargelegt worden. Das Gericht hat des weiteren die ungünstige psychologische Situation verkannt, in der S. als ständiger wissenschaftlicher Mitarbeiter einer Polizeibehörde stand. Wenn man auch nicht grundsätzlich und pauschal einen "polizeilichen Gutachter" als stets befangen und deshalb zur Gutachtenerstattung in der Hauptverhandlung ungeeignet ansehen kann, so besteht doch jedenfalls eine dahingehende Vermutung, die erst nach sorgfältiger richterlicher Prüfung bei entsprechendem Ergebnis als ausgeräumt gelten kann. Eine solche Prüfung, die am besten durch Beiziehung weiterer Gutachter erfolgen konnte, ist unterblieben. Die Beweisanträge der Verteidigung, die auf gerichtliche Beauftragung von *G e g e n g u t a c h t e r n* abzielten, wurden mit der formelhaften Begründung abgelehnt, daß durch das frühere Gutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen sei und daß die Sachkunde des Erstgutachters nicht zweifelhaft sei, sein Gutachten auch nicht von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausginge, keine Widersprüche enthalte und daß die zur Gutachtenerstattung benutzten Forschungsmittel denen der vorgeschlagenen weiteren Gutachter nicht unterlegen seien.⁴⁵¹⁾ Das nicht sachkundige Gericht, dem wegen der Schwierigkeit der behandelten Fachfragen eine auf eigene, selbständige Überzeugung gegründete Nach-

451) Vgl. § 244 Abs.4 Satz 2 StPO und oben S.118 ff.

prüfung aller gutachtlichen Einzelfeststellungen nicht gelingen konnte, hatte gar nicht die notwendige Beurteilungsgrundlage, um zuverlässig darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen erfüllt waren, unter denen ein Antrag auf Vernehmung eines weiteren Sachverständigen aus § 244 Abs.4 Satz 2 StPO abgelehnt werden konnte.

Das Mißtrauen, das ein Gericht prima facie einem "polizeilichen Gutachter" als Sachverständigem in der Hauptverhandlung entgegenbringen muß, hätte vorliegend noch dadurch verstärkt sein müssen, daß S. auch zuvor im Ermittlungsverfahren der für die Entschließung und Überzeugungsbildung der Staatsanwaltschaft maßgebliche Mann war. Er war durch die Ermittlungsbehörde eingehend mit dem bisher festgestellten Tatsachenmaterial vertraut gemacht worden und darüber hinaus unterrichtet, welche Lücken es in der Indizienkette zu schließen galt. Die umfassende Kenntnis des S. vom Stand und Ziel der Ermittlungen belasteten seine ohnehin durch die Zugehörigkeit zu einer Polizeibehörde in Frage gestellte Unvoreingenommenheit noch mehr, zu sehr, wie sich nach Ergebnis und Verlauf des Wiederaufnahmeverfahrens gezeigt hat.⁴⁵²⁾

Ein voreingenommener Gutachter, ein von den Entschließungen und Überzeugungen des Gutachters abhängiges Gericht, ein Fehltrail, so setzt sich die Kette von Ursache und Wirkung im Rohrbach-Prozeß folgerichtig fort. Es ist beklemmend, sich vorzustellen, wie viele solcher "Lehrfälle" die deutsche Gerichtspraxis vorweisen könnte,

⁴⁵²⁾ Zum Ablehnungsrecht gegenüber einem solchen "polizeilichen Gutachter" vgl. S.192 ff.

wenn nicht die weitaus meisten falschen Sachverständigenbefunde nach ihrer unwidersprochenen Übernahme in die Urteile nach Rechtskraft in Vergessenheit geraten würden. Zu einer Korrektur im Wiederaufnahmeverfahren kommt es wegen der engbegrenzten Voraussetzungen eines solchen Verfahrens⁴⁵³⁾ doch nur in den seltensten Fällen.⁴⁵⁴⁾ -

Neben der für die Erkenntnis des Verhältnisses zwischen Richter und Gutachter äußerst wichtigen Bestimmung des § 261 StPO geben weitere Normen Aufschluß über die Verteilung der Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten. In den §§ 87 - 90 StPO wird der Umfang der richterlichen Mitwirkung bei der Leichenschau und der Leichenöffnung ausdrücklich vorgeschrieben. Danach ist der Richter sowohl bei der Leichenschau (unter Mitwirkung e i n e s Arztes) wie auch bei der Leichenöffnung (auszuführen von z w e i Ärzten, von denen einer Gerichtsarzt sein muß) zur Anwesenheit verpflichtet.⁴⁵⁵⁾ Er hat darauf zu achten, daß das von den Gutachtern gewählte fachliche Vorgehen den gesetzlichen Erfordernissen der §§ 89, 90 StPO genügt, daß also die Leichenöffnung, soweit der Zustand der Leiche dies gestattet, sich auf die Öffnung der Kopf-, Brust- und Bauchhöhle erstreckt und

453) § 359 StPO.

454) Aus der umfangreichen Literatur zur Problematik des Fehltrteils und der Wiederaufnahme vgl. PETERS, § 76, S.536/7; ders., Fehltrteil, in Festschrift Mezger, S.477 ff.; ALSBERG, Wiederaufnahme, insbes. S.84 ff.; HIRSCHBERG, Fehltrteil (eine Analyse des Fehltrteils); Hellmuth LAYER, GS Bd.99, 299 ff.; von HENTIG, Wiederaufnahmerecht; NEUMANN, System der strafprozessualen Wiederaufnahme.

455) § 87 I StPO.

bei der Öffnung der Leiche eines neugeborenen Kindes die Untersuchung auch darauf gerichtet wird, ob es nach oder während der Geburt gelebt hat und ob es reif oder wenigstens fähig gewesen ist, das Leben außerhalb des Mutterleibes fortzusetzen. Insoweit hat der Richter die Tätigkeit der Sachverständigen zu "leiten".⁴⁵⁶⁾ - Aus § 80 StPO ergibt sich die Befugnis des Sachverständigen, eine zur Gutachtenerstattung notwendige Vervollständigung des bereitgestellten Tatsachenmaterials zu verlangen. Das Gericht ist nach pflichtgemäßem, an seiner Wahrheits- erforschungspflicht orientierten Ermessen⁴⁵⁷⁾ gehalten, diesem Begehren zu entsprechen. Im einzelnen kann dem Sachverständigen weitere Aufklärung verschafft werden durch die Vernehmung von Zeugen oder des Beschuldigten, durch die Gestattung der "Teilnahme" an diesen Vernehmungen und der unmittelbaren Fragestellung an die Ver- nommenen. Es ist bedauerlich, daß viele Gutachter, ver- anlaßt durch Zeitmangel, von der Möglichkeit der Teil- nahme an Vorvernehmungen keinen Gebrauch machen. Dabei liegt es doch auf der Hand, daß gerade die ersten Ver- nehmungen von Zeugen oder Beschuldigten, die noch unter dem frischen Eindruck eines Geschehens stehen, oft sehr aufschlußreich sind. In späteren Vernehmungen tritt nicht selten die einstudierte Geste und sorgfältig zu- rechtgelegte Antwort an die Stelle der zunächst bekunde- ten spontanen, natürlichen Reaktion. Schließlich kann der

456) SCHMIDT II, § 87 Nr.5; KMR § 89 Anm.2; a.A. TILLMANN in LOEWE/ROSENBERG, § 87 Anm.5 b, der in einer "Überschätzung der gesetzlichen Ausdrucksweise" (SCHMIDT, a.a.O.) dem Richter für diesen Fall jeg- liche Befugnis zur Leitung der Sachverständigen abspricht.

457) §§ 155 II, 244 II StPO.

Richter dem Sachverständigen Einsicht in die Akten gewähren. Die Umstände des Einzelfalles entscheiden auch hier über die zweckmäßigste nähere Gestaltung der Zusammenarbeit. Welches Unterlagenmaterial zur Erfüllung der Gutachteraufgabe erforderlich ist, kann zumeist der Sachverständige am besten beurteilen.⁴⁵⁸⁾

Die Vernehmung weiterer Zeugen oder eine nochmalige, in Einzelpunkten eingehendere Befragung des Beschuldigten wird das Gericht vornehmen, wenn sich aus dem Vorbringen des Gutachters diese Notwendigkeit ergibt. Eine *T e i l n a h m e* des Sachverständigen an diesen *V e r - h ö r e n* unter Stellung von Fragen ist für die Wahrheitsermittlung dann unerlässlich, wenn entweder die Vernehmung eine besondere Sachkunde verlangt (z.B. Mitwirkung von Psychologen und Psychiatern⁴⁵⁹⁾) oder die von einer Aussageperson bekundeten Tatsachen zum sicheren Verständnis besondere Sachkunde erfordern⁴⁶⁰⁾ (Bekundungen von sachverständigen Zeugen). Der Richter, der dem Gutachter das Recht der Teilnahme und Fragestellung einräumt, muß auch hier die bestehende Abgrenzung der Kompetenzen beachten. Er bleibt verantwortlicher Leiter der Vernehmung; u.a. hat er für eine justizförmige Durchführung zu sorgen.⁴⁶¹⁾ Das Fragerecht des Gutachters darf keinesfalls dahin ausarten, daß die ganze Vernehmung

458) SCHLIDT II, § 80 Nr.1; vgl. auch PETERS, § 43 VI, S.287/8.

459) Vgl. dazu S.102-109 ,

460) KMR § 80 Nr. 2 a.

461) Zur Justizförmigkeit von Vernehmungen war oben das Nötige gesagt (S.48 - 66).

von Beschuldigten oder Zeugen an den Sachverständigen übergeht.⁴⁶²⁾ Der Wortlaut des § 80 StPO ("der Vernehmung beizuwohnen") bringt das unmißverständlich zum Ausdruck.

Eine gewisse Ausweitung der Kompetenzen des Sachverständigen bringen die §§ 80 a, 81 StPO. Wird der Beschuldigte zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geisteszustand in eine Heil- und Pflegeanstalt eingewiesen, so gehört zu seiner "Beobachtung" auch die *s e l b s t ä n d i g e A u s f o r s c h u n g* in Gesprächen zwischen Gutachter und Explorand. Der Gutachter hat hierbei aber genau die *G r e n z e n d e s G u t a c h t e n a u f t r a g s* zu beachten. Es ist nicht Aufgabe des Psychiaters, den Beschuldigten über den Tatvorgang auszufragen und dem Gericht ein Geständnis zu liefern.⁴⁶³⁾ Gäbe das Gericht zur Ermittlung der Tatumstände dem Psychiater einen entsprechend "weitgefaßten Gutachtauftrag" und würde dieser unter bewußter Ausnutzung des ihm vom Exploranden als Arzt entgegengebrachten Vertrauens den Beschuldigten ausfragen und dem Gericht Mitteilung machen, so wären die getroffenen Tatsachenfeststellungen nach § 136 a StPO unverwertbar. Der Gutachter hätte für diesen Fall seine Feststellungen zum Tatgeschehen nicht als Ermittlung von "Befundtatsachen" zur Erstellung seines Gutachtens getroffen, sondern als *S p i t z e l* des Gerichts. Die bewußte Irreführung des Beschuldigten über den Zweck der ärztlichen Feststellungen durch die Kollusion von Gutachter und Gericht greift in einer rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechenden Weise in die Willensfreiheit des Beschuldigten ein, daß seine durch §§ 136, 136 a StPO garantierte

462) SCHMIDT II, § 80 Nr.1; WEIMANN, S.199 r.; in diesem Sinne auch PETERS, § 43 VI, S.287; KMR, a.a.O.; JANETZKE, S.536 l.

463) Daß der ärztliche Gutachter bezüglich aller außerhalb des Gutachtauftrags ermittelter Tatsachen der Geheimhaltungspflicht aus § 300 StGB unterstellt ist, war oben S.68 ff. bereits festgestellt.

Aussagefreiheit nicht mehr gewährleistet erscheint. Das Gericht kann einen "Sachverständigenauftrag" dieses Umfangs gar nicht geben. Der Auftrag zur Erstattung eines Gutachtens über den Geisteszustand eines Beschuldigten gibt dem Sachverständigen nur die Befugnis zur Ermittlung der zur Erstellung des Gutachtens unbedingt notwendigen Tatsachen. Des weiteren legitimiert der Auftrag nur zur Weitergabe solcher Tatsachen an das Gericht, ohne die das Gutachten nicht verständlich wäre.⁴⁶⁴⁾ Letzteres ist ganz besonders von Bedeutung. Kann der Psychiater bei der Erstattung eines Gutachtens auf die Ermittlung von Tatsachen, die das Tatgeschehen betreffen, nicht verzichten (Stets sorgfältig zu prüfen, ob das Tatgeschehen wirklich zu den "Befundtatsachen" gehört!), so muß der Sachverständige, der ein Geständnis des sonst vor den Strafverfolgungsorganen die Tat leugnenden Beschuldigten erhält, sorgfältig das berechnete Interesse des Untersuchten abwägen gegenüber seinen Pflichten als Sachverständiger und dem Interesse der rechtsprechenden Gewalt an der Aufklärung.⁴⁶⁵⁾ Ist es durch Tests oder sonstige Untersuchungen nachträglich noch möglich, das Gutachten durch andere Befundtatsachen zu stützen und verständlich zu machen, ist die Geheimhaltung der belastenden Ausführungen zum Tatgeschehen geboten.

Ein verantwortungsbewußter, seiner Standesethik verbundener Arzt sollte Fehlgriffe dieser Art anlässlich einer Gutachtenerstattung vermeiden können. Allerdings ist es natürlich auch hier in erster Linie Sache des Richters, die Erfordernisse einer prozeßordnungsgemäßen Gutachtenerstattung zu erkennen und zu wahren. Es gehört zur

464) KMR § 76 Anm.5.

465) KMR, a.a.O.

richterlichen Leitung der Gutachtertätigkeit, dem Sachverständigen erforderlichenfalls die Grenzen des Auftrags klarzumachen und auch auf die Beschränkungen hinzuweisen, die sich aus den §§ 136 a, 81, 81 a - und soweit Untersuchungen von Zeugen in Frage stehen - § 81 c StPO ergeben.⁴⁶⁶⁾

Aufgabe des Richters ist es weiterhin, dafür zu sorgen, daß Aussage - bzw. Untersuchungs - verweigerungsrechte die Beachtung finden, die die Strafprozeßordnung ihnen sichern wollte. Die nach §§ 52, 55 StPO aussageverweigerungsberechtigten Zeugen hat der Richter gemäß der ausdrücklichen Anordnung nach §§ 52 II, 55 II StPO über ihr Weigerungsrecht zu belehren, wenn er ihre Untersuchung nach § 81 c StPO anordnet. Diese Zeugen können sowohl jegliche Exploration unter Hinweis auf ihr Weigerungsrecht ablehnen wie auch die körperliche Untersuchung selbst. Die Pflicht zur Duldung einer körperlichen Untersuchung bei dritten Personen ist sachlich der Zeugenpflicht verwandt. Demgemäß kann die körperliche Untersuchung aus den gleichen Gründen verweigert werden, die einen Zeugen zur Verweigerung des Zeugnisses nach §§ 52 - 55 StPO berechtigen.⁴⁶⁷⁾

Soweit ein Zeuge sich freiwillig einer in § 81 c StPO nicht vorgesehenen Untersuchung unterzieht, ist er auch in diesem Fall über das Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren.⁴⁶⁸⁾ Maßgeblicher Grund für diese Auffassung ist,

466) Über die Schranken, die diese Bestimmungen für das prozessuale Feststellungsbemühen bedeuten, vgl. oben S.48 ff.

467) § 81 c I Satz 2 StPO; vgl. TILLMANN in LOEWE/ROSENBERG, § 81 c Anm.4; KMR § 81 c Anm.5.

468) Richtig BGHSt 13,394 (398/9); SCHMIDT II, § 81 c Nr.7; a.A. KMR § 81 c Anm.5 a .

daß der nicht über sein nach §§ 52, 55 StPO gegebenes Zeugnisverweigerungsrecht belehrte Zeuge, der freiwillig in Maßnahmen einwilligt, die er nach § 81 c StPO nicht zu dulden brauchte, unter Umständen nur sein Interesse an körperlicher Unversehrtheit gegenüber dem Interesse an der Strafverfolgung abwägt, während er ja die gesamte Konfliktsituation, in der er sich befindet, durch die Belehrung überschauen und bei der Entscheidung berücksichtigen sollte.⁴⁶⁹⁾ Die Notwendigkeit einer Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht ist auch dann nicht in Frage gestellt, wenn man der herrschenden Auffassung folgt, nach der nur den Richter die Belehrungspflicht über die Zeugnisverweigerungsrechte trifft ⁴⁷⁰⁾. Der Sachverständige ist ein Gehilfe des Richters. Der Bundesgerichtshof erklärt deshalb mit Recht, daß die vor dem Sachverständigen gemachten Angaben in gewissem Umfange wie Aussagen vor Gericht zu behandeln seien und deshalb eine Person vor ihrer Befragung bzw. Untersuchung durch den Sachverständigen von einem Richter auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht hingewiesen werden müsse.⁴⁷¹⁾ Eine Vertretung des Richters in der Belehrung durch den Sachverständigen muß man als prozeßordnungswidrig ansehen. Der Gesetzgeber hat dem Richter die Pflicht der Belehrung auferlegt, weil gewährleistet sein sollte, daß zeugnisverweigerungsberechtigte Aussagepersonen ohne unzulässige Einwirkung so sachgemäß belehrt werden, daß sie sich der Bedeutung ihres Rechtes bewußt werden und sich nun in

469) BGH, a.a.O.

470) RGSt 70,7; RG DRiZ 927,852; RGJW 1936,3008; OGHSt 1, 299 (302); BGHSt 2,99 (104); TILLMANN in LOEWE/ROSENBERG, § 52 Anm.7 a; KMR § 52 Anm.3; SCHWARZ, § 52 Anm.4 A; PETERS, § 42 III 2 c, S.271. - a.A. SCHMIDT II, § 52 Nr.15.

471) BGHSt 11,97 (99,100); die gleiche Auffassung vertritt incidenter ohne ausdrückliche Stellungnahme zum Problem BGHSt 13,394 (398/9).

Kenntnis der Tragweite ihres Handelns freiwillig entscheiden können.⁴⁷²⁾

Inwieweit der Richter dem Sachverständigen zur Vorbereitung des Gutachtens die A k t e n k e n n t n i s verschaffen soll, ist eine oft nicht leicht zu entscheidende Frage. Sicherlich ist es nicht richtig, den Gutachter grundsätzlich von jeder Aktenkenntnis auszuschließen, um ihn vor voreiligen Schlüssen zu bewahren. Ist die gewählte Person gewissenhaft und bringt sie die oben umrissenen, persönlichen Voraussetzungen einer erfolgreichen Gutachtenerstattung mit⁴⁷³⁾, so kann es der Erreichung des Erkenntniszieles nur förderlich sein, wenn die Anknüpfungstatsachen nicht völlig beziehungslos geboten werden, sondern zumindest in teilweise Zusammenhang mit den bisherigen Ermittlungsergebnissen.⁴⁷⁴⁾ Ein zu vollständiges und eingehendes Bekanntwerden des Sachverständigen mit dem Akteninhalt birgt aber andererseits die Gefahr suggestiver Beeinflussung in sich und vermindert die Aussichten objektiver Stellungnahme.⁴⁷⁵⁾ Der Sachverständige darf über Ergebnis und Richtung der anderen Beweise keinesfalls so eingehend informiert werden, daß das Resultat seiner Untersuchung geradezu vorweggenommen erscheint.⁴⁷⁶⁾ Die Notwendigkeit der Akteneinsicht hängt stark von der Art des geforderten Gutachtens ab. So läßt sich z.B. ein psychiatrisches Gutachten regelmäßig nur erstatten, wenn der Gutachter mit dem Tathergang bis ins

472) BGHSt 9,195 (197).

473) S. 46 ff.

474) Vgl. GROSS/SEELIG, S.233.

475) PETERS, § 43 VI, S.287.

476) GRASSBERGER, S.265.

Detail bekanntgemacht wird.⁴⁷⁷⁾ Ein psychologischer Sachverständiger hingegen, der über die Glaubwürdigkeit eines Geständnisses zu befinden hat, oder ein Schriftgutachter kann dies zumeist auch ohne Kenntnis des bisherigen Ermittlungsergebnisses nur auf Grund persönlicher Exploration bzw. Schriftauswertung. Weitergehendes Wissen würde sein objektives Urteil eher belasten.⁴⁷⁸⁾ Es könnte den Gutachter außerdem leicht dazu verleiten, in Überschreitung der ihm gestellten Aufgabe außerhalb seiner wissenschaftlichen Feststellungsmethoden liegende Kombinationen und Spekulationen hinsichtlich des Tathergangs anzustellen und im Gutachten - was besonders verhängnisvoll wäre - diese wissenschaftlich nicht gesicherten Schlußfolgerungen mit einer Pseudowissenschaftlichkeit zu versehen.⁴⁷⁹⁾

477) Dieses und weitere Beispiele finden sich bei PETERS, a.a.O.

478) Auch hierzu ein Fall aus der Praxis, mitgeteilt bei PETERS, § 43 VI, S.288:
"In einem Mordprozeß hatte der Beschuldigte ein Geständnis abgelegt, das er am nächsten Tage widerrief. Ein psychologischer Sachverständiger wurde zu der Frage vernommen, ob dem Beschuldigten charakterlich eine solche Tat zuzutrauen sei und ob seinem Wesen nach die Annahme eines falschen Geständnisses naheliegend sei. Der Sachverständige gab sein Gutachten ohne Aktenkenntnis ab, nachdem er mit dem Angeklagten verschiedene Testprüfungen angestellt und Aussprachen durchgeführt, ferner den Lebensgang des Beschuldigten graphologisch untersucht hatte. Er kam zu dem Ergebnis, daß der charakterlichen Veranlagung nach eine solche Tat bei dem Beschuldigten nicht zu erwarten sei und daß ein falsches Geständnis mit seiner Persönlichkeit durchaus vereinbar sei. Der Akteninhalt war für den Beschuldigten so belastend, daß an seiner Täterschaft kaum zu zweifeln war." -
Hier wäre die Aktenkenntnis des Gutachters leicht von Schaden gewesen. Es liegt die Annahme nahe, daß der Gutachter in Kenntnis des belastenden Materials zu einer anderen Beurteilung gekommen wäre.

479) Vgl. dazu auch S. 136/7, 153/4, 189 ff. (insbes. 192).

Überhaupt hat der Richter alles zu tun, um eine Voreingenommenheit des Gutachters zu verhindern. Dazu gehört insbesondere, daß er sich von jeder einseitigen Beeinflussung in Richtung auf ein von ihm erwartetes Beweisergebnis fernhält. Dem suggestiven Einfluß drängender Fragen erliegt auch der Sachverständige allzu leicht. Es ist eine im Menschen liegende Schwäche, lieber zu sagen, "so ist es", als "ich weiß es nicht".⁴⁸⁰⁾

In Zusammenhang mit § 80 StPO ist noch ein weiteres Problem zu behandeln. Es geht um die grundsätzliche Frage, inwieweit einem Sachverständigen die Selbstbeschaffung von Befundtatsachen überlassen werden kann. Die Ermittlung des zur Gutachtenerstattung erforderlichen Tatsachenmaterials erfordert oft schon die besondere Sachkunde des Fachmannes. Der Richter wäre dann, auf sich allein gestellt, gar nicht in der Lage, eine zweckgerichtete sachgerechte Untersuchung anzusetzen. Bei solcher Sachlage ist aus Gründen der Praktikabilität die Selbstbeschaffung der Anknüpfungstatsachen durch den Gutachter zuzulassen.⁴⁸¹⁾ Das ist umso unbedenklicher, als diese Vorbereitung des Gutachtens regelmäßig im Stadium des Ermittlungsverfahrens erfolgt, das in weitem Umfang *f o r m g e l ö s t* ist⁴⁸²⁾, um eine zweckvolle, elastische Anpassung an die Erfordernisse der Verbrechens-

480) GROSS/SEELIG, S.236.

481) Eine andere Frage ist, inwieweit der Vortrag der selbstbeschafften Befundtatsachen durch den Sachverständigen bei der Gutachtenerstattung in der Hauptverhandlung den prozessualen Beweiserfordernissen genügen kann. Dazu unten S.169 ff.

482) HENKEL, § 80 III, S.336.

aufklärung in den vielgestaltigen Einzelfällen möglich zu machen. Für die Untersuchungen und Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren gelten nicht die Anforderungen des Strengbeweises.⁴⁸³⁾ Die freiere Stellung in der Ermittlungsarbeit des Vorverfahrens darf den Richter aber keinesfalls verleiten, eine ihm obliegende Untersuchung mit der Übertragung an einen Sachverständigen völlig aus der Hand zu geben. Sogar bei Einweisung des Beschuldigten in eine Heil- und Pflegeanstalt gem. § 81 StPO darf es der Richter nicht dem Gutdünken des zum Sachverständigen bestellten Anstaltsleiters überlassen, die zum Zwecke der Untersuchung auf den Geisteszustand erforderlich werdenden Maßnahmen vorzunehmen. § 81 StPO hat nach seinem klaren unmißverständlichen Wortlaut die Kompetenzen des Gutachters nur dahin ausweiten wollen, daß ihm die selbständige "Beobachtung" und Exploration des Beschuldigten in Gesprächen übertragen werden sollte. Weitergehende Feststellungsmaßnahmen in Form körperlicher Untersuchungen und Eingriffe müssen hingegen gem. § 81 a StPO, nach richterlicher Prüfung über das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (kein Nachteil für die Gesundheit!), stets einzeln und genau bezeichnet durch den Richter angeordnet werden.⁴⁸⁴⁾ Außerdem kommt es auch für den Ermittlungs- und Untersuchungsrichter darauf an, durch Anteilnahme und Interesse an der Gutachterarbeit zu einer eigenen Anschauung und Überzeugung hinsichtlich der Ermittlungsergebnisse

483) HENKEL, § 82 IV, S.342; KMR Vorbem.1 e vor § 48, Einl. 11 h.

484) Vgl. Beschluß des OLG Hamm vom 24.3.53 JMB1NRW 1953,117/8 sowie oben S. 65.

zu kommen. Ein von den Entschlüssen und Überzeugungen des Sachverständigen vollkommen abhängiger Richter vermag ebensowenig wie der erkennende Richter im Hauptverfahren seiner Aufgabe im Ermittlungsverfahren oder der Voruntersuchung gerecht zu werden. Die Aufgabe des Richters besteht gerade darin, durch seine **U n a b - h ä n g i g k e i t** das Vorverfahren, insbesondere die Voruntersuchung, mit größeren Rechtsgarantien zu versehen.⁴⁸⁵⁾ Eine Abhängigkeit des Richters vom Gutachter, durch die dieser zu der das Ermittlungsverfahren beherrschenden Person würde, stellte auch das nachfolgende Erkenntnisverfahren unter ungünstige Voraussetzungen. Der Sachverständige, der im Vorverfahren eine starke Stellung innehatte, wird auch zu einer Überschreitung seiner Kompetenzen im Hauptverfahren neigen. Es ist ihm schwerer begreiflich zu machen, daß der erkennende Richter das Gutachten in allen (!) Punkten frei auf seinen Beweiswert überprüfen darf, ja sogar muß⁴⁸⁶⁾, als wenn dem Verständnis schon durch den Ermittlungs- oder Untersuchungsrichter vorgearbeitet wäre. Außerdem ist der das Vorverfahren beherrschende Sachverständige auch allzu leicht durch die Aufgabe psychologisch überfordert, sein Gutachten in der Hauptverhandlung "**u n - p a r t e i i s c h** nach bestem Wissen und Gewissen" zu erstatten.⁴⁸⁷⁾ Die Verschiebung der Kompetenzen auf den Gutachter in der Ermittlungsarbeit, die Fassung

485) PETERS, § 57 I, S.428; BELING, S.358.

486) Vgl. dazu die Zitate in Fußnote 433 S.140.

487) § 79 II StPO; vgl. auch dazu das Beispiel des Rohrbach-Prozesses S.147 ff.

von an sich dem Richter obliegenden Entschlüssen (etwa § 197 I StPO) haben ihn besonders tief in die vorbereitende Untersuchungsarbeit einbezogen. Es besteht die Gefahr, daß der Gutachter den dabei gewonnenen geistigen Standpunkt in der Hauptverhandlung nicht mehr verlassen kann, wenn dort neue Gesichtspunkte auftauchen und zu einer Revidierung der bisherigen, vorgefaßten Meinung oder zumindest ihrer vorsichtigen Überprüfung drängen. Die Stellung des Sachverständigen als eines Richtergehilfen, der stets, auch bei korrekter Wahrung der Kompetenzen, einen großen Einfluß auf die richterliche Überzeugungsbildung und letztlich die Urteilsfindung ausübt, macht es aber unbedingt erforderlich, daß er zu der gleichen abgeklärten Ruhe und Leidenschaftslosigkeit gegenüber dem Prozeßthema fähig ist wie der Richter⁴⁸⁸⁾ und seine Gutachtenerstattung unvoreingenommen und objektiv, ohne fest vorgefaßte Meinung in der Hauptverhandlung unternimmt.⁴⁸⁹⁾

Sind damit die Anhaltspunkte gegeben, in welchem Umfange in der Zusammenarbeit zwischen Richter und Gutachter dem letzteren die Ermittlung der Befundtatsachen überlassen werden kann, so ist noch nicht über die *B e w e i s b e d ü r f t i g k e i t* dieser Tatsachen entschieden. Auch soweit eine Tatsachenermittlung durch den Sachverständigen im Vorverfahren nach den bisher herausgestellten Grundsätzen keinen Bedenken begegnet,

488) Vgl. auch oben S. 131.

489) Zur Ablehnung eines durch die Mitwirkung in der Ermittlungsarbeit voreingenommenen Gutachters vgl. unten S. 192ff.

kann sie eine für die Hauptverhandlung unzulängliche Tatsachenfeststellung sein. Alle für die Schuldfrage (im prozessualen Sinn des § 263 StPO) und die Bemessung der strafrechtlichen Unrechtsfolgen bedeutsamen Tatsachen müssen im Wege prozessualen Strengbeweises festgestellt sein.⁴⁹⁰⁾ Der Richter hat deshalb stets sorgfältig zu prüfen, inwieweit Übernahmen von Tatsachenfeststellungen des Sachverständigen den Erfordernissen prozeßförmigen Beweisverfahrens genügen können, damit nicht Tatsachen trotz Beweisbedürftigkeit unbewiesen bleiben. Da der Sachverständige ein Institut des prozessualen Beweisrechts, da er ein "Beweismittel" ist⁴⁹¹⁾, muß man zunächst davon ausgehen, daß die richterliche Feststellung von Tatsachen durch die Übernahme der Ermittlungen des Sachverständigen⁴⁹²⁾ grundsätzlich den Beweiserfordernissen des Strengbeweises genügen k a n n . Bedenken können sich nur daraus herleiten, daß das Gericht zur Erkenntnis nicht auf das "tatnächste" Erkenntnismittel zurückgreift, das dem Sachverständigen zur Überzeugungsbildung gedient hat, sondern sich damit begnügt, sich mittelbar auf dem Umweg über die Überzeugung des Sachverständigen ein Bild von einer Tatsache zu machen. Inwieweit ein solches Verfahren, als dem Grundsatz der U n m i t t e l b a r k e i t d e r B e w e i s -

490) SCHMIDT II, Vorbem.18 vor § 244. - Grundlegend zum Beweisverfahren des Strafprozesses DITZEN.

491) Vgl. oben S.8/9.

492) § 261 StPO.

a u f n a h m e⁴⁹³⁾ widersprechend, unzulässig ist, bedarf näherer Feststellung.

Anders als im Ermittlungsverfahren, in dem die Strafverfolgungsbeamten vielfach erst über die tatferneren Beweismittel an die tatnäheren gelangen können⁴⁹⁴⁾, kommt es in der Hauptverhandlung für den Richter darauf an, einen möglichst unmittelbaren Eindruck von dem zu beurteilenden Geschehen zu bekommen.⁴⁹⁵⁾ Zumeist wächst mit der Zahl der Zwischenglieder in der Kette einer Beweisführung auch die Gefahr einer Verfälschung der objektiven Wahrheit. Das Einschieben von Zwischengliedern bedeutet zugleich das Einschieben möglicher Fehlerquellen.⁴⁹⁶⁾ Deshalb ergibt sich regelmäßig aus § 244 II StPO die Verpflichtung des Gerichts zur Herbeischaffung und Auswertung des tatnächsten Beweismittels. Soweit aber das tatferne Beweismittel zur Erkenntnis des Richters gleich gut oder gar besser geeignet ist, ist nicht einzusehen, weshalb es nicht zum Nutzen der Wahrheitsermittlung Verwendung finden sollte. - Ein grundsätzliches Verbot der Verwertung allen "mittelbaren" tatferneren Beweismaterials ist daher nicht anzuerkennen. Die Zulässigkeit der Beiziehung hängt vielmehr davon ab, ob

493) Der Unmittelbarkeitsgrundsatz ist "der Fundamentalsatz des Strafverfahrens" (RGSt 12,105).

494) PETERS, § 39 II, S.249.

495) Der zur Urteilsfällung berufene Richter hat sich zu dem Strafrechtsfall in die größtmögliche Lebensnähe zu setzen (BELING, S.315).

496) von HIPPEL, S.390.

sie durch den Zweck der Wahrheitserforschung erfordert wird und ob nicht ein spezielles Verbot - in Frage kommen hier die §§ 249, 250 StPO - entgegsteht.

Daß sich der Richter anstelle einer unmittelbaren, von ihm selbst vorgenommenen Augenscheinseinnahme mit einer mittelbaren Beweiserhebung begnügen kann, läßt sich aus dem Gesetz entnehmen. Kraft ausdrücklicher Vorschrift kann die Einnahme des Augenscheins durch das erkennende Gericht durch die Verlesung eines Protokolls über die Augenscheinseinnahme von seiten eines Richterkommissars ersetzt werden.⁴⁹⁷⁾ Auch darüber hinaus ist eine Ersatzfähigkeit richterlichen Augenscheins anzunehmen, und zwar in den durch die richterliche Wahrheitserforschungspflicht des § 244 II StPO gesteckten Grenzen.⁴⁹⁸⁾ Das Gericht genügt den durch sie gestellten Erfordernissen, wenn es anstelle des eigenen Augenscheins den in gleichem Maße zuverlässigen Bericht einer Mittelsperson über eine Augenscheinseinnahme verwertet. Die Gefahr, daß die Mittelsperson zu einer subjektiven Verfälschung bei der Wiedergabe des Augenscheinseindrucks kommt, ist wesentlich geringer wie bei der Übermittlung der Eindrücke, die sich im Gespräch mit einer Person ergeben. Zur Gewinnung eines zuverlässigen, umfassenden Bildes genügt im ersten Falle nahezu ausschließlich die Aufnahme äußerer Tatsachen. Innere Tatsachen, bei deren Feststellung leicht Fehler unterlaufen können, spielen nur dann eine (geringe) Rolle, wenn die Mittelsperson die Zuverlässigkeit ihrer sinnlichen Wahrnehmung überprüft. Im zweiten Falle ist hin-

497) § 249, S. 2 StPO.

498) Vgl. PETERS, § 39 II, S. 249.

gegen für die Richtigkeit der Beurteilung von entscheidender Bedeutung, inwieweit es der Mittelsperson gelingt, die inneren Tatsachen fremder Psyche aus den äußeren Indizien zu ermitteln⁴⁹⁹⁾, denn es geht bei der Verwertung einer Zeugenaussage darum, einen umfassenden Eindruck von der Persönlichkeit des Vernommenen, von seiner Mentalität, seiner Wahrheitsliebe, Aussagefähigkeit usf. zu gewinnen. -

Angesichts der relativ geringen Fehlermöglichkeiten bei der Augenscheinseinnahme und der Wiedergabe des Wahrgenommenen erscheint die Annahme einer weitgehenden Ersatzmöglichkeit des richterlichen Augenscheins durch die Vernehmung von Augenscheinshelfern unbedenklich. Sie trägt überdies einem dringenden Bedürfnis Rechnung. Die Verwertung des tatferneren Beweismittels fremder Wahrnehmung anstelle des tatnäheren eigener richterlicher Augenscheinseinnahme ist insbesondere dann frei von Bedenken, wenn die Beobachtungen nur mit Hilfe besonderer Sachkunde gemacht werden konnten. Hier ist die Augenscheinseinnahme durch den Sachverständigen sogar der des nicht sachkundigen Richters überlegen und deshalb aus § 244 II StPO geradezu geboten. Aus diesem Grunde bedürfen die zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand oder das Gemüt einer Person gemachten Wahrnehmungen eines Psychiaters oder Psychologen stets keines weiteren Beweises, als sie ihn durch die Erstattung des Gutachtens und dessen prozeßförmige Beweisverwertung in der Hauptverhandlung erfahren.

499) Zum Vorgang der Feststellung innerer Tatsachen vgl. oben S. 36 ff.

Soweit der Sachverständige seine Wahrnehmungen außerhalb eines Gutachtenauftrags macht, also ohne Anwendung besonderer Sachkunde und nicht mit der Zweckfunktion, dem Richter den zur Tatsachenfeststellung führenden Wahrnehmungsvorgang "helfend" zu erläutern, vertauscht er seine Sachverständigenrolle insoweit mit der eines Zeugen.⁵⁰⁰⁾

Die Frage der Beweisbedürftigkeit von Tatsachenfeststellungen, die der Vorbereitung psychiatrischer oder psychologischer Gutachten dienen, wird allerdings dadurch kompliziert, daß der Explorand sich in einer Doppelstellung befindet. Er ist einmal Beobachtungsobjekt, zum anderen Aussageperson.⁵⁰¹⁾ Als Beobachtungsobjekt ist er Gegenstand des Augenscheinsbeweises, und es sind die aufgezeigten Möglichkeiten einer weitgehenden Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes gegeben. Inwieweit aber eine Vernehmung und Ausforschung der untersuchten Person durch den Sachverständigen anstelle des Richters und der Bericht darüber in der Hauptverhandlung den strafprozessualen Beweiserfordernissen genügt, richtet sich nach den in Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätzen über die Verwertung des Zeugnisses vom Hörensagen.⁵⁰²⁾ Es hat sich in dieser Frage keine einheitliche Meinung gebildet. Überwiegend herrscht aber heute die Ansicht, daß sich aus § 250 StPO nicht die grundsätzliche Unzulässigkeit der Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen anstelle des Originalzeugen

500) Vgl. BGHSt 13,1 (3).

501) MEZGER, S.150.

502) Vgl. MEZGER, S.151/52.

ergibt.⁵⁰³⁾ Diese Auffassung erscheint richtig, da sie dem Wortlaut des § 250 StPO entspricht. Die Bestimmung enthält eine Regelung zur Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nur insofern, als der unbedingte Vorrang der Zeugenaussage gegenüber der Verlesung von Vernehmungsniederschriften oder schriftlichen Erklärungen betont wird.⁵⁰⁴⁾ Über das "ob" der Verwertung des Zeugenwissens ist nichts gesagt, nur über das "wie".⁵⁰⁵⁾ Ob das Zeugnis vom Hörensagen zum Beweise genügt, beurteilt sich auch hier aus § 244 II StPO.⁵⁰⁶⁾ Entscheidend ist also der Grad der Zuverlässigkeit des Beweismittels. Soweit der Sachverständige die Ausforschung des Exploranden unter Zuhilfenahme seiner besonderen Sachkunde vorgenommen hat, garantiert das auf diese Weise gewonnene Ergebnis und dessen Übermittlung an den Richter regelmäßig eine bessere, zuverlässigere Tatsachenfeststellung, als wenn der nicht sachkundige Richter selbst die Vernehmung unter-

503) So PETERS, § 39 II, S.249; SCHMIDT II, § 250 Nr.3; KMR § 250 Nr.2 a; GEIER, in LOEWE/ROSENBERG, § 250 Nr.5; GERLAND, S.368; SCHNEIDEWIN, S.482; RGSt 2, 160 (161); RGSt 48,246; BGHSt 1,373 (376/7) und sehr klar und eingehend BGHSt 6,209 (210). a.A.: v.KRIES, S.88 ff.; BELING, S.319; v.HIPPEL, S.395; OGHSt 1,133; OLG Oldenburg in JR 1951,91 I., die die Verwertung der Zeugenaussage vom Hörensagen anstelle des Originalzeugnisses grundsätzlich nur dann zulassen wollen, wenn der Hauptzeuge im verfahrensrechtlichen Sinne unerreichbar ist.

504) Vgl. BGHSt 6,209 (210).

505) PETERS, § 39 II, S.249.

506) PETERS, a.a.O., ebenso SCHMIDT II, § 250 Nr.3; KMR § 250 Nr.2 a; BGHSt 6,209 (210).

nahme.⁵⁰⁷⁾ Anders liegen die Dinge aber bei einer solchen Vernehmung, die ohne sachkundige Bewertung erfolgen konnte. Hier kann die Einschaltung des Sachverständigen - der insoweit seine Gutachterfunktion mit der eines Zeugen vertauschen würde⁵⁰⁸⁾ - in den Erkenntnisprozeß nicht die Tatsachenfeststellung erleichtern oder erst möglich machen. Es gilt deshalb, den in diesem Falle unnötigen Umweg über die Zwischenbeurteilung des Sachverständigen wegzulassen oder - was unbedenklich erscheint - das unmittelbare und das mittelbare Beweismittel nebeneinander zu verwerten, um unter allen Umständen einer bei der Feststellung innerer Tatsachen leichter möglichen Subjektivierung und damit Trübung der Erkenntnis wirksam vorzubeugen.⁵⁰⁹⁾ - Allerdings wird dem Psychiater oder Psychologen in den meisten Punkten eines Gespräches, das er mit einem ihm gem. §§ 30 a, 81 StPO überwiesenen Exploranden führt, seine besondere Sachkunde entscheidend für die Erkenntnis

507) Eine selbständige Ausforschung von Zeugen durch psychiatrische oder psychologische Sachverständige ohne Leitung des Verhörs durch einen Richter sieht die StPO nicht vor. Aber auch eine "richterliche Vernehmung" eines Zeugen im Beisein eines Sachverständigen darf nicht eine "getarnte Glaubwürdigkeitsprüfung" sein, die der Zeuge gegen seinen Willen nicht zu dulden braucht (§ 81 c StPO); vgl. Besch. des OLG Hamm vom 29.6.56 JMB1NRW 1957, 45/6. Zeugen dürfen, auch wenn es sich um kindliche Zeugen handelt, ohne ihre Einwilligung, bzw. die des gesetzlichen Vertreters, nicht in einer Anstalt untersucht werden, z.B. auf Glaubwürdigkeit. Die Ausführungen von BGHSt 7, 82 ff. machen die bestehenden Schranken der Wahrheitsermittlung bei Ausforschung kindlicher Zeugen durch Sachverständige nicht hinreichend deutlich. Eine ausführliche kritische Stellungnahme zu dieser Entscheidung findet sich auf S.109ff.

508) Vgl. S. 174 und FuBn.500.

509) Zu den Schwierigkeiten und Hindernissen bei der Übermittlung und Aufnahme von Gedankenäußerungen vgl. WEBER, S.1299.

zugute kommen, so daß ein insoweit in der Beweisaufnahme erfolgreicher Rückgriff des Richters auf die vom Gutachter festgestellten Tatsachen keinen aus der Unmittelbarkeitsmaxime folgenden rechtlichen Bedenken begegnet.

Häufiger kommt es aber vor, daß der Sachverständige zur Vorbereitung seines Gutachtens mit dritten Personen informatorische Gespräche führt und die dabei gewonnene Kenntnis zur Gutachtenerstattung verwendet, ohne daß er zu den erfahrenen Tatsachen sachkundig Stellung nimmt oder diese Tatsachen auf Grund seiner besonderen Sachkunde (Befragung mit Hilfe besonderer Sachkunde) ermittelt hat. Bei solcher Sachlage ist eine Überlegenheit des tatferneren Beweismittels (Vernehmung des Sachverständigen über die Aussage des Dritten) nicht ersichtlich. Im Gegenteil ist davon auszugehen, daß das tatnähere Beweismittel (die unmittelbare Vernehmung des Dritten durch den Richter) der Wahrheitserforschung besser dient. Es darf auch nicht übersehen werden, daß dem Sachverständigen bei der von ihm allein durchgeführten Ausforschung von Personen keinerlei Mittel zur Erzwingung einer wahrheitsgemäßen Aussage zur Verfügung stehen, wohingegen die vor dem Richter aussagende Person - angenommen der Beschuldigte - stets einem erheblichen Zwang zur objektiven, richtigen Darstellung unterworfen ist.⁵¹⁰⁾

I m E r g e b n i s richtig ist deshalb eine Entscheidung des BUNDESGERICHTSHOFs vom 18.5.1951⁵¹¹⁾, in der es als

510) Vgl. §§ 153 ff. StGB, 57, 59, 65, 66 StPO.

511) Abgedruckt in NJW 1951,771

Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit angesehen wurde, daß das Gericht die Bekundungen eines Lehrers über die Charaktereigenschaften und Wahrheitsliebe einer Schülerin nicht durch deren unmittelbare Vernehmung als Zeuge zum Gegenstand der Beweisaufnahme machte, sondern auf den Umweg über die Ausführungen eines psychiatrischen Gutachters, dem gegenüber sich der Lehrer gesprächsweise geäußert hatte. Eine besondere Sachkunde war weder bei der Übernahme des Wissens vom Originalzeugen noch bei der Verwertung im Gutachten erforderlich gewesen. -

In der Begründung läßt das Urteil allerdings die klare, eindeutige Stellungnahme vermissen. Es bleibt dahingestellt, ob aus § 250 Satz 1 StPO ein grundsätzliches Verbot des Beweises vom Hörensagen zu folgern ist.⁵¹²⁾ Auf die Wahrheitserforschungspflicht, dieses dem Unmittelbarkeitsgrundsatz Inhalt gebende Kriterium wird nicht ausdrücklich abgestellt, aber doch wohl der Sache nach. Stellt man die Verpflichtung des Gerichts zur zuverlässigen Erforschung der materiellen Wahrheit als den für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit mittelbarer Beweiserhebung maßgebenden Gesichtspunkt heraus, dann erscheint die Entscheidung ihrem Ergebnis nach auch gegenüber den von FELDERS⁵¹³⁾ geäußerten Bedenken richtig. Er hält die Auffassung des BUNDESGERICHTSHOFs aus Gründen der Praktikabilität für zu weitgehend, weil sie die Vernehmung zahlreicher Zeugen, wie Angestellter der Anstalt, Angehöriger des Expbranden, erforderlich machen könne. Gerade bei diesen Personen ist aber nicht auszuschließen, daß ihre gegebenenfalls eidliche Vernehmung vor dem

512) a.a.O., r.Sp.

513) § 42 I, S.266, § 43 VI, S.287.

Richter, begleitet von dem Zwang zur wahrheitsgemäßen Aussage, dem Erkenntniszweck besser dient, als wenn sie ohne diesen Zwang nur ihre Beobachtungen dem Sachverständigen mitteilen und dieser dem Richter berichtet. Die Angehörigen werden regelmäßig bemüht sein, auf eine Frage des Sachverständigen nicht eine in erster Linie wahrheitsgemäße, sondern eine für den Beschuldigten günstige Antwort zu geben. Die Angestellten der Klinik, z.B. Krankenwärter, Assistenzärzte, Schwestern, die vom Gutachter beauftragt wurden, den Exploranden genau zu beobachten, dies aber etwa aus Nachlässigkeit versäumten, werden manchmal, "um Ärger mit dem Chef zu vermeiden", das wirklich Erlebte ausschmücken und ergänzen, um mit dem vom Gutachter erwarteten Ergebnis aufwarten zu können.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht durch die praktische Erwägung, daß es für den Angeklagten vielfach angenehmer ist, wenn die für ihn peinlichen Dinge nicht in einer umfangreichen Zeugenaussage in der Hauptverhandlung zur Sprache kommen. Erörtert werden müßten diese Tatsachen auf jeden Fall, wenn nicht durch Zeugenaussage, so durch die mittelbaren Bekundungen des Sachverständigen. Außerdem kann häufig dem Interesse des Angeklagten unter den Voraussetzungen des § 171 a GVG durch Ausschluß der Öffentlichkeit Rechnung getragen werden.

Mag deshalb die Vernehmung dieser Personen als Zeugen in der Hauptverhandlung auch zeitraubend sein, so ist sie doch unter diesen Umständen im Interesse der Wahrheitserforschung unumgänglich notwendig, da, wie gezeigt, die mittelbare Beweiserhebung durch Vernehmung

des Sachverständigen demgegenüber das unzuverlässigere Mittel ist.⁵¹⁴⁾

Abschließend bleibt in der Frage der Beweisbedürftigkeit von Befundtatsachen noch zu klären, ob und inwieweit es den prozessualen Beweiserfordernissen genügt, wenn der Sachverständige den gedanklichen Inhalt von Schriftstücken im Gutachten verwertet, ohne daß förmlicher (unmittelbarer) Urkundenbeweis durch Verlesung in der Hauptverhandlung⁵¹⁵⁾ erhoben wird. - Auch hier gibt die Wahrheitserforschungspflicht des Gerichts den für die Entscheidung maßgebenden Gesichtspunkt. Ist zum rechten Verständnis des gedanklichen Inhalts der Urkunde die besondere Sachkunde des Gutachters erforderlich, dann ist dem Erkenntniszweck dadurch am besten gedient, daß der Sachverständige die Auswertung übernimmt und das Gericht über diesen Vorgang und dessen Ergebnis unterrichtet.⁵¹⁶⁾ So kann ein Buchsachverständiger die Kontokarten als tatsächliche Unterlagen für sein Gutachten verwenden und sie bei der Erstattung seines Gutachtens

514) In einer späteren Entscheidung hat der BGH seine Auffassung ausdrücklich bestätigt (BGHSt 9,292 ff. = NJW 1956,1526 Nr.15 = JZ 1957,227). - Im Schrifttum wird die Notwendigkeit einer Zeugenvernehmung bejaht von: SCHMIDT II, § 250 Nr.3 und in der Anmerkung zu BGHSt 9,292, in JZ 1957,229; KMR § 250 Anm. 2 c und Vorbem.2 vor § 72; SCHWARZ, § 250 Anm.1 A; MEZGER, S.149; vgl. auch WEIMANN JR 1951, 198 ff. (199); TILLMANN in LOEWE/ROSENBERG, § 80 Anm.3.

515) § 249 StPO.

516) Daß die Einführung des Urkundeninhalts durch die Gutachtenerstattung den prozessualen Beweiserfordernissen unter der Voraussetzung genügt, daß die besondere Sachkunde des Gutachters zur Feststellung diene, betonen zutreffend KMR § 249 Anm.2 d und MEZGER, S.145.

ihren Inhalt nach erläutern. Dadurch wird die Verlesung der Kontokarten überflüssig.⁵¹⁷⁾ Soweit es aber zu einer im Prozeß verwertbaren Feststellung des Urkundeninhalts nicht der Sachkunde des Gutachters bedarf, erscheint Urkundenbeweis nach § 249 StPO geboten. Eine Überlegenheit des mittelbaren Beweismittels der Gutachtenerstattung gegenüber dem unmittelbaren der Urkundenverlesung ist dann nicht gegeben. Im Gegenteil ist davon auszugehen, daß der Richter infolge seines ständigen Umgangs mit schriftlichen Gedankenerklärungen den Inhalt am zuverlässigsten erfassen kann. Außerdem besteht beim Urkundenbeweis bei weitem nicht das gleiche dringende Bedürfnis zu einer Ausnahme vom Beweisgrundsatz der Unmittelbarkeit, wie etwa beim Augenschein.⁵¹⁸⁾ Urkunden können zumeist, wenn sie dem Sachverständigen zugänglich sind, auch in der Hauptverhandlung dem Richter zwecks Verlesung vorgelegt werden.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang noch, daß die strengen Beweiserfordernisse des Urkundenbeweises dann nicht gelten, wenn der Sachverständige nicht den gedanklichen Inhalt der Urkunde in seinem Gutachten verarbeitet hat, sondern nur aus der äußeren Beschaffenheit des Schriftstückes Schlüsse gezogen hat (Heranziehung eines Briefes zur Schriftvergleichung ohne Berücksichtigung des Inhalts, Schlußfolgerungen aus dem Zustand einer Urkunde auf deren Alter). Hier handelt es sich nicht um einen Urkundenbeweis, sondern um eine Augenscheins-

517) So der BGH in einer unveröffentlichten Entscheidung vom 20.10.1955 - 4 StR 286/55 - (mitgeteilt bei KMR, a.a.O.).

518) MEZGER, S.145.

einnahme.⁵¹⁹⁾ Sie ist in dem oben bezeichneten Umfang durch die Ausführungen eines Gutachtens ersetzbar.

d) Die Vernehmung des Sachverständigen

Die Zusammenarbeit zwischen dem Richter und dem Gutachter setzt sich im Vorgang der Vernehmung fort. Die zuverlässige Vermittlung des Sachverständigenwissens auf den Richter hat zur Voraussetzung, daß sowohl der Richter als Aussageempfänger wie auch der Sachverständige als Aussagender zu einer bestmöglichen Leistung kommen.⁵²⁰⁾ Eine Reihe störender Einflüsse können auftreten. Wünsche und Vorstellungen, mangelnde Urteils- und Ausdrucksfähigkeit und sonstige geistige und psychische Unzulänglichkeiten hindern die Übermittlung der fremden Gedanken-äußerung.⁵²¹⁾ Es ist natürlich in erster Linie Sache des den Sachverständigen vernehmenden Richters, die nicht immer offen zu Tage tretenden Schwierigkeiten und Hindernisse zu erkennen und zu beseitigen. Aus der Zweckfunktion der Sachverständigentätigkeit als einer Denkhilfe für den Richter folgt jedoch, daß auch der Gutachter, soweit möglich und erforderlich, hierbei helfen darf und helfen soll.

Vom Richter muß man erwarten, daß er vermöge der in seiner beruflichen Ausbildung gewonnenen psychologischen Erfahrung in der Lage ist, sich selbst von Augenblicks-

519) SCHMIDT II, § 249 Nr.6.

520) Die Aussage ist ein doppelseitiger subjektiver Akt (PETERS, § 44 IV 2 S.317).

521) WEBER, S.1299 1.unten.

einflüssen, von den ihn beherrschenden Vorstellungen und Wünschen soweit frei zu machen, als es der Untersuchungszweck erfordert. Man muß weiterhin regelmäßig erwarten, daß es ihm auch gelingt, den vernommenen Gutachter zu einer guten Aussageleistung zu bringen. Der Richter muß zur Erreichung dieses Zweckes bemüht sein, den Sachverständigen zu möglichst leicht verständlichen und klaren Ausführungen zu veranlassen. Ein trockenes Dozieren mit einer Fülle ungeklärter Fachausdrücke fördert den Erkenntniszweck nicht. Vorsicht ist geboten bei Bezeichnungen, die in der Umgangssprache mehrere Bedeutungen haben können. Der Sachverständige darf auch einen "terminus technicus", der in der wissenschaftlichen Fachsprache eindeutig ist, nicht unerläutert lassen, wenn der ungenauere Sprachgebrauch des Laien möglicherweise damit eine andere Vorstellung verbindet. In Zweifelsfällen muß sich der Richter über die Terminologie durch Zwischenfragen vergewissern.⁵²²⁾ Unterbricht der Richter zur Korrektur eines Fehlverhaltens des Sachverständigen dessen Ausführungen, muß das mit viel Taktgefühl geschehen. Ein mit der Kunst der Menschenbehandlung vertrauter Richter wird den Sachverständigen so korrigieren, daß dieser den Eindruck erhält, der Fehler läge nicht bei ihm, seine gutachtliche Äußerung sei an sich nicht zu beanstanden, nur müsse er einer Unzulänglichkeit in der Person des Richters (der mangelnden Sachkunde) durch eine Änderung seiner Einstellung und seiner Ausführungen Rechnung tragen. Diese "Selbstbeziehung" kann sich eine "Richterpersönlichkeit" durchaus einmal im Interesse der Sache leisten!

522) Zu den Gefahren mehrdeutiger Terminologie im Gutachten vgl. BOHNE bei Ponsold, S.80,99.

Zu einer guten Vernehmung gehört auch, daß der Richter den Sachverständigen vor unsachlichen und persönlichen Angriffen während der Gutachtenerstattung in der Hauptverhandlung schützt. So sehr Angriffe auf die Feststellungen und Schlußfolgerungen des Gutachtens grundsätzlich zu begrüßen sind, weil sie oft neue, bisher übersehene Perspektiven eröffnen und zu einer nochmaligen Kontrolle der erarbeiteten Ergebnisse zwingen, so wenig sind unsachliche oder gar persönliche Angriffe geeignet, die Ermittlung der Wahrheit zu fördern.⁵²³⁾ Sie können den angegriffenen Sachverständigen - menschlich verständlich - dazu verleiten, zum Gegenangriff überzugehen und ebenfalls den Boden einer sachlichen, leidenschaftslosen Erörterung der Gutachtenfragen zu verlassen. Aus der Stellung des Sachverständigen als eines Richtergehilfen, der zu einer gleichen Objektivität verpflichtet ist wie der Richter, den er unterstützt⁵²⁴⁾, ergeben sich aber die schwersten Bedenken gegen eine solche Entgleisung.

Der Richter muß auch sorgfältig darauf achten, daß bei der Vernehmung des Sachverständigen keine Fang- und Suggestivfragen von Seiten der Prozeßbeteiligten gestellt werden. Solche Fragen sind ebenfalls unsachlich und als die Fragebefugnis mißbrauchend zurückzuweisen (§ 241 II StPO), da sie nur zu dem Zweck gestellt sind, den Sachverständigen zu verwirren und zu vorschnellen Antworten zu verleiten, die bei klarer Überlegung zurückgenommen werden müssen.⁵²⁵⁾ Es ist Sache des Verhandlungsleiters, den

523) GRASSBERGER, S.265/6.

524) Vgl. §§ 79 II, 74 I StPO und oben S.131 u. 168/9.

525) GRASSBERGER, a.a.O.

Sachverständigen vor voreiligen Antworten zu warnen.⁵²⁶⁾

Bei allen genannten Aufgaben sollte sich auch der Sachverständige nach Kräften bemühen, etwaige Fehleinstellungen in der eigenen Person oder der des Richters aufzuspüren und zu beseitigen. Manchmal ist der Richter zur Schaffung der günstigsten "Vernehmungssituation" allein, ohne Mitwirkung des Sachverständigen, gar nicht in der Lage, weil schon dazu die besondere Sachkunde des Gutachters gehörte. Als Beispiel dafür ist eine Gutachtenerstattung aus dem Gebiete der Psychologie und Psychiatrie zu nennen. Hier muß der Sachverständige dem Richter bei der Gutachtenerstattung die rechte innere Einstellung vermitteln. - Das Verständnis der fremden Psyche hängt ganz entscheidend davon ab, inwieweit es dem Gutachter gelingt, den Richter vor einer "ex ante-Abwertung" des abnormen oder auch nur ungewöhnlichen Seelenlebens zu bewahren. Versteht es der Gutachter, unter Zurückstellung vorschneller Werturteile die Gesetzmäßigkeiten psychischer Erscheinungen so aufzuzeigen, daß dem Richter gleichzeitig die eigenpsychische Erfahrung bewußt und damit als Interpretationsmaterial des fremden Seelenlebens verfügbar gemacht wird, kann der Richter oft staunend entdecken, daß auch das "völlig Unverständliche" und "Absurde" einer Täterpsyche ansatzweise in der richterlichen Psyche aufspürbar ist, dort allerdings nicht die Fehlentwicklung genommen hat wie beim Täter. Daß die Erkenntnis einer gewissen, wenn auch noch so geringfügigen Wesensverwandtschaft mit der fehlgeleiteten Psyche das gerechte Urteil zu fördern vermag,

526) GRASSBERGER, a.a.O.

bedarf keiner weiteren Hervorhebung.⁵²⁷⁾

2. Der Einfluß der Verfahrenssituation auf die Zweckfunktion und damit auf die prozessuale Stellung des Sachverständigen

Dem Prozeßsachverständigen im Sinne dieser Ausführungen⁵²⁸⁾ ist stets die Zweckfunktion zugewiesen, dem Richter Denkhilfe zu sein. Darüber hinaus kann aber seine Zweckfunktion gewisse Abwandlungen erfahren, die sich aus der verschiedenen Zielsetzung der einzelnen Prozeßabschnitte ergeben. Das bedarf einer näheren Darlegung.

Im Vorverfahren geht es um die Entschliebung, ob "genügender Anlaß" zur Erhebung der öffentlichen Klage⁵²⁹⁾, im Vorverfahren mit gerichtlicher Voruntersuchung, ob "hinreichender Tatverdacht"⁵³⁰⁾ gegeben ist. Im Zwischenschenverfahren ist zu klären, ob der Angeeschuldigte der Tat "hinreichend verdächtig" ist⁵³¹⁾, und endlich im Hauptverfahren, ob der Angeklagte unter Ausräumung auch des letzten konkreten Zwei-

527) Zum Verstehen zunächst unmotivierbar erscheinender seelischer Reaktionen vgl. MEZGER, Verstehen. Die Fallbesprechungen (S.16 ff. und S.29 ff.) bieten einen interessanten Einblick in die subtile Wertungsarbeit von Gericht und Psychiater auf dem Grenzgebiet zwischen pathologischen und psychologisch noch verständlich zu machenden, normalen, lediglich ungewöhnlichen seelischen Reaktionen.

528) Vgl. oben S.13 ff.

529) § 170 I StPO.

530) § 190 I, 203 StPO.

531) § 203 StPO.

fels der ihm zur Last gelegten Tat überführt ist.⁵³²⁾

Die größten Anforderungen an das richterliche Feststellungsbemühen stellt also das Hauptverfahren, in dessen Mittelpunkt die Hauptverhandlung steht. Das hat seinen Grund darin, daß die das Hauptverfahren abschließende Urteilsentscheidung im Gegensatz zu den vorläufigen Verdachtsaussprüchen des Vor- und Zwischenverfahrens etwas Endgültiges, Fertiges ist. Das Urteil ist eine "von vornherein autoritative und endgültige Feststellung", wie Hellmuth MAYER⁵³³⁾ formuliert, die sich nicht erst als subjektives Meinen der Kritik stellt und erst "im Feuer dieser Kritik" zur objektiv gesicherten Auffassung geläutert wird⁵³⁴⁾. - Da es in einem Rechtsstaat selbstverständlich ist, daß ein Urteil, die endgültige Feststellung über Täterschaft und Schuld eines Menschen enthaltend, nicht nur auf das subjektive Meinen des Gerichtes gestützt werden kann, muß also im Zeitpunkt der Verkündung des Urteils der Zustand unbedingter, objektiver Vergewisserung bereits erreicht

532) Zur Beweiswürdigung und richterlichen Überzeugungsbildung finden sich zahlreiche Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung; vgl. BGH NJW 1951, 83; BGH NJW 1951, 122; BGH GA 1954, 152; BGHSt 10, 208; NIESE, Überzeugung, S.148; MATTIL, S.334; v.SCANZONI, S.222; SCHMIDT I, Nr.308; NIETHAMMER, Wahrheit, S.26 ff.; WIMMER, S.391. - Mißverständlich die Formel des REICHSGERICHTS, wonach zur Tatsachenfeststellung eine "an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" genügen sollte, "die als Wahrheit gilt"; vgl. RGSt 51, 127; 58, 130 (131); 61, 202 (206).

533) A.a.O. S.459.

534) Derselbe, S.458.

sein. Es gilt somit, durch eine möglichst sorgfältige und vollständige Tatsachenfeststellung den strafrechtlich relevanten Geschehensablauf zu rekonstruieren. Die Wahrheit ist die wichtigste Grundlage des gerechten Urteils. Verbleiben bei Ausschöpfung aller Erkenntnismittel Zweifel, so darf das Gericht diese nicht gegen seine Überzeugung unterdrücken. Aus dem Wesen des Urteils als einer autoritativen, endgültigen Feststellung, die von weittragender Bedeutung für den Betroffenen ist, ergibt sich der Beweissatz des "in dubio pro reo" als Postulat der Rechtsstaatlichkeit. Sofern dem Gericht auch nur der geringste k o n k r e t e Zweifel bleibt, darf eine Feststellung zuungunsten des Angeklagten im Urteil insoweit nicht getroffen werden.

Dieser Aufgabenstellung des Hauptverfahrens muß auch der Sachverständige als der Gehilfe des Richters Rechnung tragen. Er hat alles zu tun, damit das Urteil auf der objektiven Wahrheit aufbauen kann. Dazu gehört, daß er nur als zuverlässig anerkannte Untersuchungsmethoden verwendet. Die Erstattung eines forensischen Gutachtens ist n i c h t "wissenschaftliche Forschung", die vom ungewissen Experiment und Wagnis notwendigerweise ihre Impulse erhalten muß. Das forensische Gutachten ist vielmehr technische Anwendung längst gesicherter Erkenntnisse. Der Richter muß sich durch Fragen an den Sachverständigen und entsprechende Belehrung vergewissern, daß dieser seine Aufgabe als Prozeßsachverständiger nicht mißversteht. Besteht ein Methodenstreit auf dem betreffenden Fachgebiet, so muß der Sachverständige die sonstigen Auffassungen überzeugend widerlegen, wenn seinem Gutachten ein für die Urteilsfindung erheblicher Beweiswert zukommen soll. Die gutachtlichen Einzelfest-

stellungen müssen auf zwingenden wissenschaftlichen Ableitungen beruhen. Wo Zweifel bestehen und durch fachwissenschaftliche Untersuchungen nicht völlig behebbar sind, muß das Gutachten dies deutlich machen und von einer "sicheren" Feststellung absehen. Ein Ausfüllen von Lücken in den gutachtlichen Feststellungen durch unbewiesene wissenschaftliche Hypothesen oder gar außerwissenschaftliche Spekulationen (kriminalistische Kombinatorik) sind verhängnisvolle, leider nicht seltene Fehler von in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachten.⁵³⁵⁾

Für Gutachten, die im V o r v e r f a h r e n oder Z w i s c h e n v e r f a h r e n erstellt werden, müssen die für die Gutachtenerstattung im Hauptverfahren herausgestellten Erfordernisse grundsätzlich ebenso Beachtung finden. Einige Abweichungen können sich jedoch aus den unterschiedlichen Feststellungszielen dieser Verfahrensstadien ergeben. Bei der Feststellung "genügenden Anlasses zur Erhebung der öffentlichen Klage"⁵³⁶⁾ oder eines "hinreichenden Tatverdachts"⁵³⁷⁾ handelt es sich im Gegensatz zu dem das Hauptverfahren abschließenden Urteil regelmäßig um zunächst vorläufige Ver-

535) Vgl. S. 150 ff.

536) § 170 I StPO.

537) §§ 190 I, 203 StPO für das Vorverfahren mit Voruntersuchung und § 203 StPO für das Zwischenverfahren.

dachtssprüche.⁵³⁸⁾ Das bedeutet indessen nicht, daß im Vorverfahren oder Ermittlungsverfahren die Tatsachenermittlung weniger sorgfältig unternommen werden dürfte als im Hauptverfahren. Immer geht es um die zuverlässige Rekonstruktion eines strafrechtlich relevanten Vorganges. Die Rekonstruktion kann aber im Hauptverfahren gegen Ende eines Strafprozesses auf einer viel breiteren Beurteilungsgrundlage unternommen werden als zu Beginn im Stadium der ersten Ermittlungen.

Wird in diesem Zeitpunkt, z.B. in der Voruntersuchung durch den Untersuchungsrichter, eine sachkundige Person zum Prozeßsachverständigen bestellt, so bieten sich häufig noch viel zu wenig Anhaltspunkte, als daß der Gutachter bereits jetzt ein Gutachten erstatten könnte, das allen Erfordernissen des Hauptverfahrens genügen würde. Genau wie man den Untersuchungsrichter nicht zu der gleichen tastenden Vorsicht verpflichten kann, wie sie vom erkennenden Richter des Hauptverfahrens unbedingt zu fordern ist, muß man auch den in die Ermittlungsarbeit eingeschalteten Sachverständigen in gewissem Umfang freier stellen, da nur dann eine erfolgreiche Untersuchungstätigkeit gewährleistet ist.

538) In Ausnahmefällen kann allerdings auch einmal eine Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren das weitergehende Feststellungsziel der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung haben, nämlich festzustellen, ob das Beweisergebnis geeignet ist, frei von konkreten Zweifeln Täterschaft und Schuld zu erweisen. Das ist dann der Fall, wenn aus zwingenden Gründen eine sofortige B e w e i s s i c h e r u n g erfolgen muß, um den gesicherten Beweis später gem. § 251 StPO verwerten zu können.

Die Ermittlungsarbeit kann wegen der noch unvollständigen Beurteilungsgrundlagen nicht ohne die Aufstellung von zunächst unbewiesenen Hypothesen auskommen. Oft bildet die gewagte Hypothese, die zum Ansatzpunkt von Ermittlungen gemacht wird, das einzige Mittel, ein festgefahrener Ermittlungsverfahren voranzutreiben. Auch bei der Gutachtenerstellung im Vorverfahren kann es notwendig werden, daß der Gutachter fehlende Anknüpfungstatsachen zunächst durch Hypothesen ersetzt. Zumeist werden dem Gutachter die Hypothesen durch die Strafverfolgungsorgane zu liefern sein, um eine Voreingenommenheit des Sachverständigen zu vermeiden. Manchmal ist aber nur der sachkundige Gutachter zu einer konstruktiv richtigen Hypothesenbildung in der Lage und nicht die Polizei, die Staatsanwaltschaft oder der Untersuchungsrichter, deren eigentliche Aufgabe sie wäre. Es wäre deshalb unpraktikabel, den Gutachter auch schon für das Vorverfahren grundsätzlich und ausnahmslos von jeder Hypothesenbildung ausschließen zu wollen. Es stellt sich aber die Aufgabe, ein auf der Basis unzureichender Anknüpfungstatsachen mit überbrückenden Hypothesen erstelltes Gutachten mit Fortschreiten des Verfahrens bis zur Hauptverhandlung in der Weise zu vervollständigen, daß a l l e Hypothesen durch zwingend erwiesene Fakten ersetzt werden. Nur ein Gutachten, das völlig frei von unbewiesenen Hypothesen ist, wird dem verschärften Feststellungsziel der Hauptverhandlung gerecht.⁵³⁹⁾

Die Gefahr, daß ein im Vorverfahren unter Einbeziehung unbewiesener Hypothesen erstattetes Gutachten in unveränderter Form in das Beweisverfahren der Hauptverhandlung

539) Dazu oben S.188/9.

kommt, ist nicht unbedeutend, aber durchaus vermeidbar. Der Untersuchungs- oder Ermittlungsrichter muß in Ausübung der "richterlichen Leitung" der Gutachtertätigkeit den Sachverständigen dazu anhalten, unbewiesene Hypothesen deutlich von zwingenden wissenschaftlichen Schlüssen zu trennen. Er muß den Gutachter insbesondere eindringlich davor warnen, bloße **a u ß e r w i s s e n - s c h a f t l i c h e** Annahmen und Vermutungen, kriminalistische Kombinationen usw. mit einer irreführenden "Wissenschaftlichkeit" zu versehen, die die einer weiteren Aufklärung und Ermittlung bedürftigen Stellen des Gutachtens verschleiert.⁵⁴⁰⁾ -

Hat der Sachverständige in bezeichnetem Ausnahmefalle selbst an der Aufstellung und Nachprüfung von kriminalistischen Hypothesen mitgewirkt, so besteht die Gefahr, daß er dadurch voreingenommen ist und außerstande, seine Gutachtenerstattung in der Hauptverhandlung unter Verwertung des nun vollständigen Anknüpfungsmaterials "unparteiisch nach bestem Wissen und Gewissen"⁵⁴¹⁾ zu unternehmen. Ein solcher Sachverständiger sollte in Anwendung des freien, richterlichen Auswahlrechts⁵⁴²⁾ im Hauptverfahren durch einen anderen Gutachter ersetzt oder zumindest ergänzt werden. - Außerdem ist zu erwägen, ob man im Anschluß an WEILANN⁵⁴³⁾ entgegen der Auffassung des BUNDESGERICHTSHOFs⁵⁴⁴⁾ die Bestimmung

540) Siehe auch dazu das Beispiel des Rohrbach-Prozesses, S.147 ff.

541) § 74 StPO.

542) § 73 StPO.

543) JR 1951, 198 ff. (insb. S.199 1).

544) BGH LM § 74 StPO Nr.2.

des § 74 Abs.1 in Verbindung mit § 22 Ziff.4 StPO extensiv auslegen und ein Ablehnungsrecht auch gegenüber einem Gutachter annehmen soll, der nicht "Polizeibeamter" im technischen Sinne ist, der aber eine Ermittlungstätigkeit für die Strafverfolgungsorgane durchgeführt hat, die über die streng fachwissenschaftliche Bearbeitung von Einzelfragen hinausgeht.⁵⁴⁵⁾ Für diese Auffassung spricht sehr viel. Sie ist geeignet, den voreingenommenen und deshalb für die Gutachtenerstattung im Hauptverfahren ungeeigneten Sachverständigen zuverlässig auszuschalten, wo das Gericht in Verkennung der möglichen - wie sich am Beispiel des Rohrbach-Prozesses gezeigt hat - beträchtlichen Gefahren auf den Gutachter nicht verzichten will, ja sogar sich ausschließlich auf diesen einen Gutachter stützen möchte. Die entgegenstehende Auffassung des BUNDESGERICHTSHOFs⁵⁴⁶⁾ stellt unter rein formalen Gesichtspunkten auf die organisatorische Stellung der Landeskriminalämter innerbetrieblich wie im Verhältnis zur Polizei und Staatsanwaltschaft ab. Entscheidend soll es darauf ankommen, ob der zur Gutachtenerstattung aufgerufene wissenschaftliche Mitarbeiter zu einer rein wissenschaftlichen "Abteilung für Verbrechenskunde" oder ob er zur "Ermittlungsabteilung" gehört. Als Mitarbeiter der erstgenannten Abteilung gehören nur die Erledigung allgemeiner kriminalwissenschaftlicher Aufgaben, so die Erstattung kriminaltechnischer Gutachten, zu seinem Tätigkeitsbereich. Er sei bei Erledigung dieser Aufgaben in Gegensatz zu den Mitarbeitern der Ermittlungsabteilung weder unmittelbar kraft Gesetzes

545) Gegen eine extensive Auslegung der §§ 74, Abs.1,22 Ziff.4 StPO SCHMIDT II, § 74 Nr.9; KMR § 74 Anm.2.

546) a.a.O.

nach § 163 StPO, noch kraft bindenden Auftrags der Staatsanwaltschaft nach § 152 I GVG, § 161 I Ziff.2 StPO zur Mitarbeit verpflichtet, folglich kein "Polizeibeamter" im Sinne von § 22 Nr.4 StPO. Der Gesichtspunkt, ob der beigezogene Gutachter im technischen, beamtenrechtlichen Sinne "Polizeibeamter" ist, erscheint aber weniger entscheidend bei der Beurteilung der aufgeworfenen Frage. Die ratio des § 22 Satz 4 StPO trifft auch solche Fälle, in denen ein ständiger wissenschaftlicher Mitarbeiter eines Landes- oder Bundeskriminalamtes, ohne "Polizeibeamter" im technischen Sinne zu sein, mit umfangreichen kriminaltechnischen Untersuchungen betraut wird. Je mehr eine Ermittlungsarbeit die besondere Sachkunde des Fachmannes aus der kriminalwissenschaftlichen Abteilung erfordert, desto mehr werden die für die Untersuchung zuständigen Ermittlungsbeamten dazu neigen, die Prüfung und Untersuchung in einem größeren Umfang und Zusammenhang an den wissenschaftlichen Mitarbeiter zu übertragen. Eingehend mit den bisherigen kriminalistischen Feststellungen und dem Ziel der weiteren Untersuchungen bekanntgemacht - diese Situation wird für den wissenschaftlichen Mitarbeiter in Kriminalämtern durchaus nicht selten sein -, erliegt der "polizeiliche Gutachter" allzu leicht und menschlich verständlich einem kriminalistischen Verfolgungseifer. Es kann unter diesen Umständen auch nicht davon gesprochen werden, daß die wissenschaftlichen Mitarbeiter der Kriminalämter nur "allgemeine" kriminalwissenschaftliche Aufgaben wahrnehmen.⁵⁴⁷⁾ Im Ermittlungsverfahren kann manchmal gar nicht darauf verzichtet werden, den wissenschaftlichen Mitarbeiter, über eine Betrauung mit der Entscheidung einzelner wissenschaftlicher Fragen hinaus, auch zur selbständigen Ermittlung in größerem Umfang zu beauftragen.⁵⁴⁸⁾

547) BGH, a.a.O.

548) Vgl. dazu S.191.

II. Das Verhältnis des Sachverständigen zu den sonstigen, nicht richterlichen Prozeßsubjekten (Staatsanwaltschaft, Polizei, Angeklagter bzw. Beschuldigter oder Angeschuldigter, Privat- und Nebenkläger)

Die bei der Untersuchung des Verhältnisses Richter - Gutachter gewonnenen Erkenntnisse erlauben es, die Ausführungen über das Verhältnis des Sachverständigen zu den sonstigen Prozeßbeteiligten kurzzufassen. - Ausführungen zum Verhältnis des Gutachters zum Zeugen erübrigen sich an dieser Stelle ganz, da im Zusammenhang mit der Problematik um §. 81 c StPO⁵⁴⁹⁾, bei der Erörterung der Befugnisse des Sachverständigen zur Zeugenvernehmung bzw. Teilnahme an Zeugenvernehmungen⁵⁵⁰⁾ und bei der Behandlung der Frage der Beweisbedürftigkeit von Tatsachen, die der Sachverständige durch Zeugenbefragung außerhalb der Hauptverhandlung erfahren hat⁵⁵¹⁾, in ausführlichen Stellungnahmen bereits das Wesentliche gesagt ist.

Bedienen sich S t a a t s a n w a l t s c h a f t oder P o l i z e i eines sachkundigen Erkenntnismittlers, so darf dieser die gestellten Aufgaben so lange uneingeschränkt wahrnehmen⁵⁵²⁾, als er nicht durch

549) S. 60 ff.

550) S. 159 ff., zur Exploration kindlicher Zeugen S. 109 ff.

551) S. 177 ff.

552) Beschränkt ist er in seinem Feststellungsbemühen nur insoweit, als er keine Ermittlungsmethoden anwenden darf, die seinem Auftraggeber, der Staatsanwaltschaft oder der Polizei, verwehrt sind; vgl. §§ 161 II, 163 II, 136 a, 69 III StPO.

richterlichen Gutachtenauftrag zum Prozeßsachverständigen bestellt ist. Mit der Bestellung zum Prozeßsachverständigen wird die Aussageperson Richtergehilfe mit der Zweckfunktion, dem Richter eine Denkhilfe bei der Fassung der von ihm je nach Verfahrenssituation zu treffenden Entschlieûungen zu sein. Dieser G r u n d a u f g a b e müssen sich dann alle anderen Aufgabenwahrnehmungen unterordnen. Sofern eine Aufgabenwahrnehmung zugunsten eines nicht richterlichen Verfahrensbeteiligten geeignet ist, die Erfüllung der Richtergehilfenaufgabe irgendwie zu gefährden, muß sie unterbleiben.

Die Erfüllung der Richtergehilfenaufgabe kann insbesondere dadurch in Frage gestellt werden, daß der Sachverständige seine Unabhängigkeit gegenüber den nicht richterlichen Verfahrensbeteiligten verliert oder schon von Anfang an nicht hatte. Eine Abhängigkeit des Gutachters ist geeignet, dessen Objektivität, eine unerläßliche Voraussetzung erfolgreicher Sachverständigentätigkeit⁵⁵³⁾, zu beseitigen. Angesichts des großen Einflusses, den ein Sachverständiger auf die Überzeugungsbildung des Richters ausüben kann, erscheint eine solche Entwicklung höchst verhängnisvoll, da auf diese Weise mittelbar der Richter in Abhängigkeit zu den Prozeßbeteiligten geraten kann. Besonders gefährlich ist es, wenn sich der Gutachter zu einer Interessenwahrnehmung zugunsten der "einseitig orientierten" Prozeßbeteiligten, A n g e k l a g t e r (bzw. B e s c h u l d i g t e r , A n g e s c h u l d i g t e r) , N e b e n - , P r i v a t k l ä g e r entschließt. Diese sind nicht zu einer unbedingten Objektivität verpflichtet wie die

553) §§ 79 II, 74 I, 24 II StPO.

Staatsanwaltschaft⁵⁵⁴⁾, die echte Justizbehörde ohne jeden Parteicharakter ist⁵⁵⁵⁾, oder die Polizeibeamten als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft⁵⁵⁶⁾ oder als Kriminalpolizei in eigenverantwortlicher Tätigkeit⁵⁵⁷⁾. Der **P r i v a t k l ä g e r** und der in seinen prozessualen Rechten diesem gleichgestellte **N e b e n k l ä g e r**⁵⁵⁸⁾ haben eine der Partei des Zivilprozesses ähnliche Stellung. Sie nehmen ihre eigenen Interessen wahr und sind nicht verpflichtet, zur Entlastung dienende Umstände zu ermitteln oder Prozeßhandlungen zugunsten des Angeklagten vorzunehmen.⁵⁵⁹⁾ Allerdings dürfen der Privatkläger und der Nebenkläger keine wahrheitswidrigen Angaben machen. - Dem Angeklagten ist darüber hinausgehend eine ganz einseitige Stellungnahme und Interessenwahrnehmung zu seinen Gunsten erlaubt. Er darf einmal passiv durch Unterlassen belastender Hinweise wie auch aktiv durch unwahre Angaben⁵⁶⁰⁾ eine für ihn ungünstige

554) § 160 II StPO.

555) SCHMIDT II, § 160 Nr.3.

556) § 152 GVG.

557) § 163 StPO.

558) § 397 StPO; SCHMIDT II, § 397 Nr.3.

559) PETERS, § 27 III 3, S.156.

560) Das ist allerdings in der Literatur umstritten: Eine Wahrheitspflicht des Beschuldigten verneinen m.E. zu Recht: SCHMIDT II, § 136 Nr.11; GOLDSCHMIDT, S.127 ("eine bloß moralische Verpflichtung"); - eine Lüge kann sich allerdings nach dem materiellen Strafrecht verbieten (z.B. §§ 185-187 StGB), wobei problematisch ist, ob evtl. § 193 StGB der Tat des lügenden Angeklagten die Rechtswidrigkeit nehmen kann.

Die **G e g e n a n s i c h t** meint, der Angeklagte habe zwar keine Pflicht zu wahrheitsgemäßen belastenden Äußerungen. Er könne vielmehr schweigen. Wenn er sich aber äußere, dürfe er nicht lügen. In diesem Sinne DOHNA, S.107; HENKEL, Grundriß, S.96; PETERS, § 28 IV 2, S.163; HELLWIG, S.44.

Tatsachenfeststellung verhindern. Gerade eine Abhängigkeit des Gutachters vom Angeklagten, aber auch vom Privat- und Nebenkläger kann leicht vorkommen, und zwar insbesondere dann, wenn die genannten Prozeßbeteiligten die sachkundige Person "als Mann ihres Vertrauens" ausgesucht haben und die Beauftragung zum Prozeßsachverständigen auf ihren Beweisantrag zurückgeht. Vorsicht ist auch dann geboten, wenn der Sachverständige als präsent⁵⁶¹⁾es Beweismittel durch einen der einseitig interessierten Prozeßbeteiligten beigebracht ist und zwischen dem Sachverständigen und dem ihn "beauftragenden" Prozeßbeteiligten eine zivilrechtliche Erscheins- und Gutachtenserstattungspflicht gegen Kostenerstattung⁵⁶²⁾ und Entgelt vereinbart wurde. - Zutreffend kennzeichnet GRASSBERGER die psychologische Situation eines solchen Sachverständigen, wenn er ihn als "niemals völlig unbefangen" bezeichnet, "da es jedermann schwerfällt, den zu enttäuschen, der sich in seinen Nöten vertrauensvoll um Hilfe an ihn gewandt hat."⁵⁶³⁾

Liegen Tatsachen vor, die vom subjektiven Standpunkt des Ablehnenden aus die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen vernünftigerweise begründen können, auch wenn sie objektiv nicht gegeben sind, so können von den genannten Prozeßbeteiligten die Staatsanwaltschaft, der Privatkläger und der Beschuldigte die Mitwirkung des Sachverständigen im Strafprozeß ablehnen.⁵⁶⁴⁾ Sind mehrere Ablehnungsgründe geltendgemacht, so sind sie nicht nur einzeln, sondern auch in ihrer Gesamtheit

561) Vgl. § 245 StPO.

562) § 22o II StPO.

563) GRASSBERGER, S.261.

564) Vgl. RGSt 58,262; BGH MDR 52,409; BGHSt 8,226 (236/7).

dahin zu prüfen, ob sie in dem Angeklagten den bezeichneten Verdacht zu erwecken geeignet sind.⁵⁶⁵⁾ Eine Ablehnung eines Sachverständigen wegen zuvor erfolgter Mitarbeit im Ermittlungsverfahren des gleichen Prozesses kann aus §§ 74, 22, 24 StPO unter Umständen auch dann zuzulassen sein, wenn der Gutachter nicht "Polizeibeamter" im technischen, beamtenrechtlichen Sinne war.⁵⁶⁶⁾

Nachdem auch die Unabhängigkeit des Sachverständigen von den nicht richterlichen Prozeßbeteiligten als ein unbedingtes Erfordernis erfolgreicher Sachverständigentätigkeit erkannt ist, ist die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß unter den wichtigsten, sich anbietenden Aspekten geklärt.

565) BGHSt 8, 226 (335).

566) Vgl. oben S. 192 ff.

Zusammenfassung

Eine sachkundige Person wird je nach Art der ihr durch richterlichen A u f t r a g zugewiesenen Z w e c k - f u n k t i o n Prozeßsachverständiger oder Zeuge.

Die Aussageperson ist Z e u g e , wenn das Gericht durch den Auftrag erkennbar macht, daß es ihm darum geht, in der Beweisaufnahme von der speziellen, individuellen, historischen Beziehung der Aussageperson zum strafrechtlich relevanten Geschehen, an dem diese als beobachtender Mitspieler teilgenommen hat, zu erfahren. - Die Aussageperson ist S a c h v e r s t ä n d i g e r , wenn sich aus dem Auftrag ergibt, daß sie dem Gericht Denkhilfe bei der Vornahme gedanklicher Ableitungen, bei der Ermittlung und Auswertung von Beweismaterial sein soll. Der Auftrag kann der Aussageperson auch die Doppelaufgabe zuweisen, die beiden bezeichneten Zweckfunktionen gleichzeitig zu übernehmen. Die Aussageperson ist dann Zeuge und Sachverständiger zugleich.

Der Sachverständigenbeweis verdankt seine wachsende Bedeutung der Vervollkommnung wissenschaftlicher Erkenntnismethoden und der damit einhergehenden Erschließung neuer Wissensbereiche. Der Eingang der Naturwissenschaften und ihrer generalisierenden Erkenntnismethode in den Strafprozeß hat die Ermittlungsarbeit des Gerichts auf eine neue Grundlage gestellt. Zur Tatsachenfeststellung durch das Gericht genügt heute weder das formale Erfüllte-sein von Beweisvoraussetzungen (Beweisregeln) noch ein Überzeugtsein, wenn es nur das Ergebnis eines dunklen, der Nachprüfung nicht zugänglichen Gefühlsprozesses ist.

Die Feststellungen des Gerichts müssen vielmehr vor dem Forum der Wissenschaft standhalten können. Soweit objektiv gesicherte Erkenntnisse vorliegen, müssen diese verwertet werden, soll das Urteil nicht wegen Verstoßes gegen § 261 StPO revisibel sein.

Der unschätzbare Wert der neuen Beweisführungsmethoden des modernen Strafprozesses, in dem sich im Interesse zuverlässiger Wahrheitsfindung als Voraussetzung des gerechten Urteils außerprozessuales wissenschaftliches Forschen mit prozessualen Forschen zu einer Einheit verbindet, kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß sich hier auch Unzulänglichkeiten und Gefahren ergeben. Die Einbeziehung der in unserer technisierten Zeit immer mehr spezialisierten Wissenschaften in den Prozeß und die damit in größerem Umfange notwendig werdende Zuziehung von sachkundigen Erkenntnismittlern und Denkhilfen für den Richter, machen es diesem schwer, sich die unerlässliche, einem rechtsstaatlichen Grunderfordernis entsprechende Unabhängigkeit seiner prozessualen Entscheidungen zu erhalten. Es bedarf schon einer überlegenen, mit guter Menschenkenntnis gerüsteten Richterpersönlichkeit, um die Kompetenzen gegenüber dem Gutachter in angemessener, nicht verletzender Weise zu wahren. Eine sorgfältige Auswahl der Gutachter, eine sachgerechte Umgrenzung des Beweisthemas, eine "maßhaltende", aber auch, soweit im Interesse der Kompetenzwahrung notwendig, straffe "Leitung" der Gutachtertätigkeit und eine Vernehmung, die sowohl den vernehmenden Richter wie den vernommenen Gutachter in den Stand setzt, das Beste zu geben, sind schwere Aufgaben für den Richter. Er kann sie am ehesten meistern, wenn es ihm gelingt, sich in der Prozeßvorbereitung wenigstens einige Grundkenntnisse -

mögen sie sich neben dem Wissen des Fachmannes auch noch so dürftig ausnehmen - anzueignen. - Auch die Aufgabe des Sachverständigen stellt an diesen hohe Anforderungen. Der Sachverständige darf sich als ein Gehilfe des Richters nicht in die Dynamik des Prozesses hineinziehen lassen, weil er anderenfalls seine Unabhängigkeit von den nicht richterlichen Prozeßbeteiligten als Voraussetzung der von ihm zu fordernden Objektivität einbüßen könnte. Seine Stellung zu den nicht richterlichen Prozeßbeteiligten darf deshalb immer nur eine solche Ausgestaltung erfahren, die seiner Stellung gegenüber dem Richter und seiner Richtergehilfenaufgabe nicht widerspricht. - Dem Ziel des Strafprozesses, durch das Urteil Rechtsausgleich und Rechtsberuhigung zu bewirken, stellen sich ohnehin durch einseitige Interessenwahrnehmung des Angeklagten, des Privat- und des Nebenklägers viele Hindernisse entgegen. Kann von diesen Prozeßbeteiligten eine andere Stellungnahme nicht erwartet und auch nicht verlangt werden, so ist aber zu fordern, daß wenigstens die zur Objektivität verpflichteten Prozeßbeteiligten sich um die Ausschaltung vermeidbarer, psychischer Unzulänglichkeiten bemühen, die die Übermittlung fremder Gedankenäußerung und damit die Wahrheitsfindung im Prozeß hindern. - Eine besondere Stellung im Prozeß nimmt der Arzt als Sachverständiger ein. Seiner Verpflichtung zur Mitwirkung an der Tatbestandsaufklärung sind Grenzen gesetzt, die sich aus seiner Zugehörigkeit zu einem "Vertrauensberuf" ergeben. Aus dem in unserer Rechtsordnung normierten Schweigerecht und der Schweigepflicht des Arztes kann sich im besonderen Falle auch eine Befugnis bzw. Verpflichtung des ärztlichen Sachverständigen ergeben, das Individualinteresse begutachteter Personen an einer Geheimniswahrung höher zu stellen als das staatliche Interesse an der Aufklärung von Straftaten.

Die Fähigkeit, menschliche Schwächen zu besiegen, ist als Voraussetzung erfolgreicher Zusammenarbeit zumindest ebenso wichtig wie das fachliche Können und Berufswissen von Richter und Sachverständigem. Nur wenn beide der eigenen, wie der fremden Leistung wache kritische Aufmerksamkeit entgegenbringen, die einerseits die Gefahr einer Selbstüberschätzung, andererseits die Gefahr unkritischer Übernahme fremder Auffassung zu bannen vermag, kann es zu einer den Erfordernissen des Strafprozesses vollauf genügenden, der Wahrheitsermittlung und gerechten Urteilsfindung höchst förderlichen Zusammenarbeit zwischen dem Richter und dem Gutachter kommen. Anderenfalls finden wir den Sachverständigen in der Rolle eines "notwendigen Übels"! -

Lebenslauf des Verfassers

Am 24. Juli 1932 wurde ich als deutscher Staatsangehöriger in Moers am Niederrhein geboren. Meine Eltern sind der 1943 verstorbene Maschinensteiger Alfred Ligges und seine Ehefrau Elisabeth, geb. Kämper.

Im Anschluß an die Grundschule besuchte ich zunächst für einige Monate das "Staatliche Adolfinum" in Moers und sodann ab 1948 das Neusprachliche Gymnasium in Gladbeck/Westf. bis zum Abitur im Frühjahr 1954. Anschließend studierte ich in Heidelberg (1954-1955), Bonn 1955/56 und Münster (1956-1958) Rechtswissenschaft. Am 7. Februar 1959 bestand ich das 1. juristische Staatsexamen beim Oberlandesgericht Hamm/Westf..

